Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, §§ 107—113 BGB.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

eingereicht von

ACAD. LEID. BAT. BIBL.

Heinrich Kistemaker

aus Nordhorn

Referendar.

Approbiert am 15. November 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

192

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder

Meinem Vater
und
meiner Mutter
zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil.

Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

Seite

A. 1. Die Vorschrift des § 106 1
2. Der Grundgedanke der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger 3
3. Die Willenserklärungen, durch welche der Minderjährige „nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt" (§ 107) 3

B. Die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen.
1. Der Minderjährige wird der Vornahme lästiger Rechtsgeschäfte nicht für unfähig erachtet 9
2. Auch nicht der einseitigen Rechtsgeschäfte. Die Bedeutung des § 111 12
3. Der Minderjährige ist überhaupt nicht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, sondern nur verfügungsunfähig 17

Zweiter Teil.

Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

1. Allgemeines 27
2. Die rechtliche Natur der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters . . 28
3. Die Fälle der generellen Zustimmung:
a) der §§ 112 u. 113 33
b) des § 110 36

Schluß: Begründung der Teilung der Vorschriften der §§ 107—113 43

Literaturverzeichnis.

Alexander, Der Begriff der Unwirksamkeit. In Eberings rechts- und staatswissenschaftlichen Studien Bd. 17 1903.

Bernhöft, Das bürgerliche Recht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1901.

v. Blume, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts. In Iherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 417 ff.

Boethke, Zu § 110. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1903 S. 450.

Breit, Die Geschäftsfähigkeit. 1. Hälfte. 1903.

Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft. Im Sächsischen Archiv Bd. 15 1905.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 3. Aufl. 1884.

Bruns, Kleinere Schriften. Bd. 2. 1882.

Cohn, Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Die allgemeinen Lehren. 1902.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1908.

Gareis, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Allgemeiner Teil. 1900.

Goldmann u. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. 1 1901.

Hachenburg, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1900.

Heinzerling, Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach gemeinem Rechte unter Berücksichtigung der Partikularrechte und des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, neue Folge, Bd. 17.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1897.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Ihering, Geist des römischen Rechts. Bd. 3. 1865.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 1906.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.

Leonhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. In Studium zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts 5. Heft 1901.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1899.
Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft. 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Neumann, Studium über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft. In der Festgabe für Wilke 1890.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Allgemeiner Teil. 1908.
Oettinger, Begriff der Unwirksamkeit. Diss. Rostock 1904.
Opet u. v. Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1906.
Pfaefflin, Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, auf Grund der §§ 112 u. 113 BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 1.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1903.
Protokolle der zweiten Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1.
Puchta, Pandekten. 10. Aufl. 1866.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. 1899.
Riezler, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche 3. u. 4. Aufl. 1907.
Riezler, Zu § 110. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1903 S. 565.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. 1900.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1878.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1889.

Erster Teil.

Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

1. Die Vorschrift des § 106.

Wer im Rechts- und Geschäftsverkehre als handelnde Person auftritt, der wird nach der im Verkehre herrschenden unbefangenen Auffassung der Vornahme des Geschäfts, das er abschließt, zunächst auch für fähig gehalten.[1]) Auf diesen Standpunkt stellt sich auch das Bürgerliche Gesetzbuch. Das ergibt sich aus der Anordnung der Normen über die Geschäftsfähigkeit. Das Gesetz bestimmt nicht die Voraussetzungen und die Folgen der Geschäftsfähigkeit, sondern, indem es sie als die normale Eigenschaft[2]) annimmt, trifft es nur Vorschriften für diejenigen Personen, denen es an der Geschäftsfähigkeit mangelt. Aber auch diese enthalten nicht eine genaue Charakterisierung des Mangels der Geschäftsfähigkeit. Das Gesetz definiert weder die Geschäftsfähigkeit noch auch deren Mängel, es behilft sich lediglich damit, daß es die Personenklassen aufführt, die nicht die normale Geschäftsfähigkeit aufweisen, und dann die Folgen bestimmt, die sich hieran knüpfen. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt zwei solche Personenklassen auf. Außer denjenigen Personen, die der Geschäftsfähigkeit gänzlich entbehren (§ 104 BGB.), deren Willenserklärungen infolgedessen rechtlich keine Bedeutung haben (§ 105 BGB.), kennt das Gesetz noch eine Mittelstufe, deren typischer Vertreter der Minderjährige ist, der das 7. Lebensjahr vollendet hat; das Gesetz nennt ihn „in der Geschäftsfähigkeit beschränkt" (§ 106 BGB.).

Während der Ausdruck Geschäftsunfähigkeit an sich schon auf die im objektiven Rechte (§ 105) eingeräumte rechtliche Stellung

---

[1]) vgl. Oertmann Vorbem. 1 zu § 104.

[2]) vgl. Breit, Geschäftsfähigkeit S. 8.

schließen läßt, kann man sich bei den Worten „in der Geschäftsfähigkeit beschränkt" überhaupt keine bestimmte Vorstellung von der Fähigkeit des Minderjährigen zu der Vornahme von Rechtsgeschäften machen. Der Ausdruck besagt nicht mehr, als daß der Minderjährige nicht geschäftsunfähig ist, und daß er auch nicht die volle Geschäftsfähigkeit besitzt, wie sie in der Regel als vorhanden angenommen wird. Das Gesetz sagt aber nun auch nicht schlechthin, der Minderjährige ist in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, sondern es verweist zunächst auf die Vorschriften, nach Maßgabe derer die Beschränkung besteht: der Minderjährige ist in der Geschäftsfähigkeit beschränkt nach Maßgabe der §§ 107—113 (§ 106).

Nach der Fassung dieser Bestimmung sollte man nun vermuten, daß die §§ 107—113 ein klares und scharfes Bild von der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bringen würden, aber ebensowenig wie das Gesetz eine Definition der Geschäftsfähigkeit und der Unfähigkeit gibt, kennzeichnet es die rechtliche Stellung der Minderjährigen durch eine Darstellung der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit; auch hier bestimmt es nur die Folgen des Mangels, ohne anzugeben, inwiefern diese Folgen gerade die Beschränkung als Ursache haben. Wenn das Gesetz trotzdem die Ursache angibt, und zwar in einem Ausdrucke, der scheinbar einen mit bestimmtem Inhalte versehenen, im Gesetze selbst vorhandenen Begriff darstellt, so waren es nicht innere Gründe, die hierzu Anlaß gaben, sondern jedenfalls wohl nur Gründe der Gesetzestechnik. Eine bestimmte Vorstellung kann mit dem Ausdrucke „in der Geschäftsfähigkeit beschränkt" nur für denjenigen verbunden sein, der das Wesen und die Natur der Bestimmungen kennt, die das Gesetz für die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen getroffen hat. Die klare Erkenntnis, worin die Fähigkeit der Minderjährigen, am Rechts- und Geschäftsverkehre teilzunehmen, besteht, muß dann wieder das Verständnis für die richtige Anwendung dieser Normen auf die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen vermitteln.

2. Der Grundgedanke der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

Der Gedanke, der den Vorschriften über die Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit zugrunde liegt, ist der Schutz der geistig Schwachen gegen die Gefahren, welche die Teilnahme am Rechtsverkehre mit sich bringt. Bei den Minderjährigen bestehen diese Gefahren infolge ihres unreifen Alters. Da nun aber das Bürgerliche Gesetzbuch es nicht der Prüfung des einzelnen Falles überläßt, wann der Minderjährige geschäftsfähig ist, wie das französische Recht und das schweizerische Obligationenrecht, sondern dem gemeinen Rechte folgend nach mathematischen Altersgrenzen den Grad der Geschäftsfähigkeit bestimmt, so wird es nicht selten vorkommen, daß die rechtliche Fähigkeit des Minderjährigen seiner individuellen Reife nicht entspricht, sondern die Rechtsform über die Idee, die sie verkörpert, hinausgeht. Das bringt aber lediglich die Annahme der gesetzlichen Normalreife mit sich, wie denn die Festsetzung von mathematischen Altersgrenzen immer etwas Willkürliches an sich tragen muß.[3]) Die Vorschriften selbst aber sind lediglich beherrscht von der Idee des Schutzes der Minderjährigen im Rechtsverkehr; Schutz und nur Schutz des Minderjährigen wegen seiner geistigen Schwäche im Wirtschaftsleben infolge der Unreife seines Alters ist der Geist, der sich in den Bestimmungen offenbart.[4]) Auf einen Punkt zielen die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen hin, auf das Schutzprinzip. Dieses ist der Gesichtspunkt, von dem man die Vorschriften zu betrachten hat. Nach der Seite der Beschränkung der Fähigkeit findet die Auslegung ihre Grenzen in dem Schutzbedürfnis.

3. Die Vorschrift des § 107.

Wo ein Schutzbedürfnis der Minderjährigen vorhanden ist, da führt das Gesetz das Schutzprinzip aber auch mit aller Strenge durch. Jede Möglichkeit eines Nachteils des Minderjährigen soll mit Sicherheit und, entgegengesetzt dem römischen Rechte, jede

[3]) Protokolle S. 49.

[4]) vgl. Breit, Geschäftsfähigkeit S. 19.

Restitution vermeidend, von vornherein ausgeschlossen werden, ein Ziel, das durch die enge Fassung der Vorschrift des § 107 klar hervorgehoben wird. Wenn es sich auch nur um die Vermeidung eines wirtschaftlichen Nachteils für den Minderjährigen handelt, so zieht doch das Gesetz das ökonomische Ergebnis des Rechtsgeschäfts überhaupt nicht in Betracht, weil die ökonomischen Folgen eines Rechtsgeschäfts wegen der Verschiedenheit ihrer Bewertung, die sie von dem einzelnen finden, und wegen des Schwankens der wirtschaftlichen Werte infolge der wechselnden Konjunktur niemals allgemeingültig und schon beim Abschlusse des Geschäfts mit Sicherheit als vorteilhaft festgestellt werden können. Das Gesetz läßt es vielmehr nur auf das rechtliche Ergebnis des Rechtsgeschäfts ankommen, das sich schon nach der Natur und Art des Geschäfts von vornherein fest bestimmen läßt.

Noch stärker tritt die scharfe Durchführung des Schutzes des Minderjährigen in der negativen Fassung der gesetzlichen Bestimmung hervor; die Wirkungen der Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit sollen eintreten, wenn der Minderjährige durch das Rechtsgeschäft, das er vornehmen will, „nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt". Diese Fassung geht sogar, wie wir weiter unten sehen werden, über das Schutzbedürfnis des Minderjährigen hinaus, indem durch sie auch diejenigen Rechtsgeschäfte eingeschlossen werden, welche die Rechtssphäre des Minderjährigen nicht berühren; aber die Engheit der Fassung zeigt uns, daß eine zu weite Auslegung der Bestimmung mit dem Willen des Gesetzes nicht im Einklang stehen würde, eine Feststellung, die richtig für die Frage ist, inwieweit der Minderjährige auch solche Rechtsgeschäfte ohne Einwilligung mit Wirksamkeit vornehmen kann, durch welche zwar zunächst nicht nur ein rechtlicher Vorteil, sondern auch ein rechtlicher Nachteil begründet, wo der Nachteil durch den Vorteil aber aufgehoben wird, so daß nach dem endgültigen Ergebnisse des Rechtsgeschäfts der Minderjährige nur einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, oder aber, ob solche Rechtsgeschäfte durch den Ausdruck nicht „lediglich" einen rechtlichen Vorteil erlangen, überhaupt ausgeschlossen sind.

Die meisten Schriftsteller halten den Minderjährigen der selbständigen Vornahme nur derjenigen Rechtsgeschäfte für fähig,

durch welche von vornherein ausschließlich ein rechtlicher Vorteil, nicht aber in Verbindung mit diesem Vorteil auch ein Nachteil begründet wird. Diese Auffassung schränkt den Minderjährigen jedoch mehr ein, als unbedingt zu seinem Schutze erforderlich ist. Auch der Wortlaut der Vorschrift steht nicht entgegen, nach dem endgültigen Ergebnis des Rechtsgeschäfts zu urteilen; denn wenn die rechtlichen Nachteile, denen der Minderjährige sich aussetzt, durch die rechtlichen Vorteile aufgehoben werden, so hat der Minderjährige schließlich doch „lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt" Enthält z. B. die Auflage, unter der dem Minderjährigen eine Schenkung gemacht wird, nicht ein aliud, sondern nur ein minus dem Geschenke gegenüber, indem nur von dessen Substanz ein Teil zur Erfüllung der Auflage verwendet werden soll, so wird zwar durch die Schenkung neben dem rechtlichen Vorteil auch ein rechtlicher Nachteil begründet, nämlich die Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage; der Endzweck und das tatsächlich endgültige Resultat des Rechtsgeschäfts ist aber ein rechtlicher Vorteil des Minderjährigen, indem als Ergebnis der Schenkung ein auf die Differenz beschränkter reiner rechtlicher Vorteil für den Minderjährigen übrig bleibt.[5])

Oder: nimmt der Minderjährige eine ihm geschuldete Leistung an, so erwirbt er sowohl einen rechtlichen Vorteil als auch zieht er sich dadurch, daß er seinen bisherigen Anspruch verliert, einen rechtlichen Nachteil zu. Betrachtet man aber das Endergebnis, so ist an die Stelle des Rechts auf die Leistung die Leistung selbst getreten, und da der Anspruch lediglich auf die Vornahme der Leistung gerichtet war, und die Leistung selbst dem Anspruche gegenüber einen rechtlichen Vorteil darstellt — plus est in re quam in obligatione —, so kann man auch zu der Annahme einer geschuldeten Leistung nur sagen, daß sie nicht zu den Rechtsgeschäften gehört, durch welche der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.[6])

---

[5]) So Oertmann Anm. 3e α zu § 107; anders Planck Anm. 1 zu § 107; Dernburg a. a. O. S. 358; Crome § 83, 1 II, 1; Rehbein Vorbem. C I, 3a zu §§ 104—115.

[6]) vgl. Oertmann Anm. 3e zu § 107; anders Cosack a. a. O. S. 164; Crome S. 365 Anm. 19; Goldmann-Lilienthal § 107 I, 2; Rehbein

Zu den zustimmungsfreien Rechtsgeschäften rechnet Oertmann[6a]) auch die Leihe, wenn der Minderjährige der Entleiher ist. Denn wenn auch der Entleiher verpflichtet wird, die geliehenen Sachen zurückzugeben, so verhält sich doch diese Rückgabepflicht zu dem Rechte auf den Gebrauch der Sache während der Zwischenzeit lediglich als das minus, so daß nach dem Endergebnis der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Trotzdem aber möchte die Leihe doch wohl nicht zu den Rechtsgeschäften zu rechnen sein, welche der Minderjährige selbständig wirksam vornehmen kann, denn neben der Hauptpflicht, die geliehene Sache zurückzugeben, werden auch noch andere Verpflichtungen für den Minderjährigen begründet, die, wenn sie auch dem Rechtsgeschäfte der Leihe nicht wesentlich sind, der Leihe doch von Rechts wegen zukommen. Würde der Entleiher mit der geliehenen Sache schalten und walten können wie ein Eigentümer und nur die Pflicht haben, nach gewisser Zeit die Sache zurückzugeben, so würde man zwar auch die Leihe zu den zustimmungsfreien Rechtsgeschäften rechnen können. Von Rechts wegen aber hat der Entleiher die Pflicht, wenn er Gebrauch von der entliehenen Sache macht, keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch zu machen (§ 603 BGB.). Macht er einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache, so haftet er für den Schaden, den die geliehene Sache daraus nimmt; und zwar nicht nur, wenn der Schaden auf ein Verschulden des Entleihers zurückzuführen ist, sondern schon, wenn durch Zufall die Sache verschlechtert wird oder untergeht (§ 603 in Verb. mit § 280 BGB.), so daß lediglich durch das Außerachtlassen einer mit dem Abschlusse des Leihvertrages von dem Entleiher übernommenen Pflicht eine Schadensersatzpflicht begründet wird. Die Übernahme

---

Bem. I, 3a zu §§ 104—115; Dernburg S. 258; Enneccerus § 142 II, 1α und Matthiaß Anm. 3 zu § 47, nach deren Ansicht das Aufgeben der Forderung der Zustimmung des Vertreters bedarf, und nur der abstrakte Vertrag der Übereignung des Geldes oder des sonstigen Schuldgegenstandes, weil das dem Minderjährigen lediglich Vorteil bringt, wirksam ist. Planck Anm. 1 zu § 107 hält unrichtig auch diesen für unwirksam, wenn der Anspruch tatsächlich bestand; vgl. Enneccerus a. a. O. dazu.

[6a]) Oertmann Anm. 3eβ zu § 107.

der Beobachtung einer solchen Pflicht ist aber ein rechtlicher Nachteil. Ferner wird durch den Leihvertrag für den Entleiher von Rechts wegen die Pflicht begründet, die Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache, bei der Leihe eines Tieres insbesondere die Fütterungskosten zu tragen (§ 601 BGB.); auch das bedeutet unzweifelhaft einen rechtlichen Nachteil. Außerdem ist es auch durchaus nicht immer gesagt, daß der wirtschaftliche Nachteil, der durch die Unterhaltungskosten entsteht, durch den Vorteil, den der Gebrauch der Sache gewährt, aufgehoben wird, so daß auch dem Zwecke des § 107 BGB., den Minderjährigen unter allen Umständen gegen einen wirtschaftlichen Nachteil seiner Handlungen zu schützen, nicht entsprochen würde. Der Leihvertrag schlechthin gehört also wohl nicht zu den zustimmungsfreien Rechtsgeschäften, sondern nur diejenige Leihe, bei der die dem Minderjährigen nachteiligen naturalia negotii durch Nebenbestimmungen abgeändert worden sind.[7]) Die strenge Fassung der Vorschrift läßt hier eine weitere Auslegung nicht zu. Nicht nur vor jedem Nachteil, sondern auch vor jeder Möglichkeit eines Nachteils seiner Handlung soll der Minderjährige bewahrt werden.

In einem Punkte geht jedoch die Vorschrift über den Zweck der Beschränkung hinaus. Die negative Fassung „durch welche er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt" schließt auch diejenigen Rechtsgeschäfte mit ein, die zwar wohl einen rechtlichen Nachteil zur Folge haben können, deren Wirkungen aber die Person oder das Vermögen des Minderjährigen gar nicht treffen. Hier bedarf der Minderjährige des Schutzes nicht, und weil die Natur der Geschäftsbeschränkung eben Schutz und nur Schutz ist, so kann nach dem Sinne des Gesetzes die Vorschrift des § 107 auch keine Anwendung finden; ihr Geltungsbereich beschränkt sich auf diejenigen Handlungen, deren Wirkungskreis die Rechtssphäre des Minderjährigen selbst berührt.[8]) Auf dieses Prinzip wird im

---

[7]) Anders Planck Anm. 1 zu § 107; Riezler in Staudingers Komm. Anm. 3 zu § 107; Goldmann-Lilienthal § 107 I, 2; Rehbein Bem. I, 3a zu §§ 104—115; Dernburg § 358, welche die Leihe immer für zustimmungsbedürftig halten.

[8]) vgl. Breit, Geschäftsfähigkeit S. 19 und Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 43 ff.

Gesetze an einer Stelle, nämlich bei der Stellvertretung, auch ausdrücklich hingewiesen: Die prinzipielle Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit soll dann keinen Einfluß haben, wenn der Geschäftsbeschränkte als Vertreter handelt (§ 165 BGB.); das galt auch schon im römischen Recht.[9]) Diese Vorschrift könnte man ja nun, weil sie für die Stellvertretung besonders getroffen ist, als eine Ausnahme von der Regel aufzufassen geneigt sein. Wir haben hier aber nicht eine Ausnahme, sondern lediglich eine Wiederholung des allgemeinen Prinzips vor uns, eine Erscheinung, auf die wir im Gesetze auf dem Gebiete der Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte mehr treffen, weil das Fundament, auf dem diese Vorschriften aufgebaut sind, zu wenig sicher war, um Wiederholungen vermeiden zu können. Wir dürfen also aus solchen scheinbaren Sonderbestimmungen nicht schließen, daß auch diejenigen rechtlichen Handlungen, bei denen wir einen Hinweis auf das allgemeine Prinzip nicht finden, obwohl wir ihn auch hier vermuten könnten, seine Anwendung ausgeschlossen wäre. Aus demselben Grunde, aus welchem der Minderjährige als Stellvertreter unbeschränkt geschäftsfähig ist, muß er auch der Vornahme der anderen, seine Rechtssphäre nicht berührenden Rechtsgeschäfte, unbeschränkt fähig sein,[10]) z. B. der Bestimmung der Leistung, die ihm als Dritten außerhalb des Vertrags Stehenden überlassen ist (s. § 318 BGB.), oder eines nicht belastenden Vertrages zugunsten eines Dritten, so vor allem eines Erbvertrages, durch welchen nicht ihm, sondern lediglich einem Dritten eine Zuwendung gemacht wird.

Auf dem Gebiete derjenigen Rechtsgeschäfte, die ihrer rechtlichen Natur und Art nach zu den von dem Minderjährigen beherrschten Rechtsgütern lediglich einen rechtlichen Vorteil hinzufügen oder deren Wirkungen seine Rechtssphäre überhaupt nicht berühren, besitzt der Minderjährige die normale Geschäftsfähigkeit

---

[9]) Pupillus institor obligat eum, qui eum praeposuit institoria actione quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit (l. 7 § 2 D. de instit. actione 14, 3).

[10]) vgl. Planck Anm. 1 zu § 107; Crome § 83 1, II, 1; Hölder Anm. 1 zu § 107; Enneccerus § 142 Anm. 2; Breit, Geschäftsfähigkeit S. 19; Hachenburg S. 448.

des Volljährigen. Das folgt für die erste Art von Rechtsgeschäften unmittelbar aus § 107, für die zweite Art nach dem die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen beherrschenden Prinzipe der Abhängigkeit der Geschäftsbeschränkung von dem Schutzbedürfnisse.[11])

B. Die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen.

1. Der Minderjährige wird der Vornahme lästiger Rechtsgeschäfte nicht für unfähig erachtet.

Worin besteht nun die Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit? Besteht sie darin, daß der Minderjähige, während er hier dem Volljährigen vollständig gleichsteht, im übrigen von der Teilnahme am Rechtsverkehre ausgeschlossen ist? Wird im übrigen ein Vorhandensein des zur Vornahme lästiger Rechtsgeschäfte erforderlichen Willens verneint? Bei einer solchen absoluten Geschäftsunfähigkeit müßte dann in allen diesen Fällen, weil die Rechtsgeschäfte rechtlich keine Bedeutung erlangen könnten, sondern lediglich äußere Erscheinungen des Rechtslebens bleiben würden, sein gesetzlicher Vertreter für ihn handeln, wie bei einem willenlosen Kinde; das würde aber weit über das Schutzbedürfnis hinausgehen. Das Gesetz hat denn auch die lästigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen nicht den Geschäften des Kindes gleichgestellt, sondern besondere Bestimmungen getroffen, nach deren Grundvorschrift ein Handeln des gesetzlichen Vertreters selbst für den Minderjährigen nicht gefordert wird, nach der die Willenserklärungen des Minderjährigen vielmehr lediglich von einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abhängig gemacht werden, ohne auch nur in einem Falle ein eigenes Handeln des Minderjährigen auszuschließen (§ 107). Hieraus geht hervor, daß der Minderjährige bezüglich der Vornahme der lästigen Rechtsgeschäfte vom Gesetze nicht für unfähig errachtet wird. Würde der Minderjährige hier geschäftsunfähig sein, so würde der infolge-

[11]) Anders Schollmeyer Anm. 1 zu § 318, der auch für diesen Fall unmittelbar aus § 107 die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit herleiten will; vgl. Breit, Geschäftsfähigkeit S. 19.

dessen nichtigen Willenserklärung (§ 105) auch eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nichts nützen.[12]) Wegen der Unfähigkeit, einen rechtlich bedeutsamen Willen zu bilden, würde trotz der äußern Gestalt des Rechtsgeschäfts rechtlich nichts vorhanden sein, worin der gesetzliche Vertreter einwilligen könnte. Und so nennt das Bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsgeschäfte, die der Minderjährige ohne den erforderlichen Beistand des gesetzlichen Vertreters abschließt, auch nicht wie die Willenserklärungen des geschäftsunfähigen Kindes nichtig, sondern nur unwirksam (§§ 108, 111 BGB.).

Durch den Gebrauch dieses Ausdrucks „unwirksam" ist nun allerdings noch nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsgeschäfte nicht doch nichtig sind, weil die Ursache der Unfähigkeit, eine rechtliche Wirkung auszuüben, auch in der Nichtigkeit liegen könnte und das Gesetz keinen weiteren Grund der Unwirksamkeit angibt. Denn auch in dem die Nichtigkeit mitumfassenden Sinne kommt der Ausdruck „unwirksam" im Bürgerlichen Gesetzbuch vor, so z. B. im § 344, nach dem, wenn das Gesetz das Versprechen einer Leistung für „unwirksam" erklärt, auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam ist, selbst wenn die Parteien die „Unwirksamkeit" des Versprechens gekannt haben. Aus dem dieser Vorschrift dienenden Zweck der Charakterisierung der Vertragsstrafe als eines akzessorischen Rechts geht hervor, daß hier unter Unwirksamkeit auch Nichtigkeit verstanden wird, da eine Vertragsstrafe erst recht dann unwirksam sein muß, wenn das Versprechen z. B. wegen Verletzung von Formvorschriften (§ 125), oder als gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder die guten Sitten verstoßend (§ 138) überhaupt nichtig ist. In dieser die Nichtigkeit mitumfassenden Bedeutung kommt Unwirksamkeit jedoch nur in sehr wenigen Fällen vor (§§ 344, 409, 2085, 2298, 2339 Abs. 2),[13]) und in diesen Fällen eben dann, wenn der Grund des Ausbleibens ebensowohl in der Nichtigkeit wie in einem bloßen Mangel von Wirksamkeitsvoraus-

---

[12]) Ebenso Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 43 ff. und Matthiaß § 47 III, A 3.

[13]) vgl. Alexander S. 16—20.

setzungen bestehen kann, und wo es dem Gesetze lediglich darauf ankommt, das Ausbleiben der Wirkungen zu bezeichnen. Nun kann aber bei den Rechtsgeschäften des Minderjährigen der Grund der Unwirksamkeit entweder nur in der Nichtigkeit oder nur in einem Mangel von Wirksamkeitsvoraussetzungen bestehen; und es wäre doch, würde er in der Nichtigkeit bestehen, kein Anlaß vorhanden, die Rechtsgeschäfte nicht als nichtig zu bezeichnen und die Unwirksamkeit als die Folge der Nichtigkeit für das in diesem Falle Bedeutsamere anzunehmen. Ferner kann man nicht einsehen, aus welchem Grunde man die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen, die man im Entwurf infolge der noch mangelnden Kenntnis des Unterschiedes zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit noch nichtig nannte, später hätte anders bezeichnen wollen, als die der geschäftsunfähigen Kinder, wenn sie sich nicht, und zwar eben durch ihre wirkliche rechtliche Existenz, von ihnen unterschieden.[14]) Hieraus folgt, daß wir hier nicht die Unwirksamkeit im weiteren Sinne, sondern in ihrer zweiten im Bürgerlichen Gesetzbuche vorkommenden Bedeutung vor uns haben. Diese nimmt auch bei weitem den größeren Raum im Gesetze ein und wird in einen so scharfen Gegensatz zur Nichtigkeit gestellt, daß man fast von einem im Bürgerlichen Gesetzbuche geprägten besonderen Begriff Unwirksamkeit sprechen könnte, der alle diejenigen Fälle umfaßt, „bei denen trotz des Vorhandenseins einer ‚gültigen' Willenserklärung dennoch der Rechtserfolg ausbleibt".[15]) Aus dem Gebrauche dieses Begriffs in den §§ 108, 111 geht klar hervor, daß die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen rechtlich wirklich zur Existenz gelangt,[16]) daß sie gültig sind,[17]) und daraus folgt wieder, daß der Minderjährige, soweit er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nicht geschäftsunfähig sein kann.[18])

---

[14]) vgl. Alexander a. a. O. S. 22.
[15]) Hachenburg, Vorträge S. 33.
[16]) vgl. Oettinger S. 23 u. 24.
[17]) Ebenso Oertmann Anm. 3 zu § 111.
[18]) Das wird jetzt auch allgemein anerkannt; anders Landsberg S. 175.

2. Die Fähigkeit, einseitige Rechtsgeschäfte vorzunehmen (§ 111).

Bezüglich der Verträge wird in der Literatur auch allgemein angenommen, daß sie bei noch ausstehender Genehmigung nur unwirksam sind, im Gegensatze zu den einseitigen Rechtsgeschäften. Diese werden, wenn sie ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen sind, von den meisten Schriftstellern als von vornherein nichtig bezeichnet.[19]) Ja, es ist sogar die Ansicht vertreten, daß der Minderjährige der selbständigen Vornahme dieser Rechtsgeschäfte überhaupt nicht fähig sein soll auch dann nicht, wenn sie ihm, wie die Mahnung, nur einen rechtlichen Vorteil bringen.[20]) Diese Auffassung geht jedoch weit über das erforderliche Maß der Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit hinaus und kann, abgesehen davon, daß kein Grund vorhanden ist, für die dem Minderjährigen vorteilhaften einseitigen Rechtsgeschäfte eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu machen, auch wohl deshalb schon nicht aufrechterhalten werden, weil sie gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes verstößt, das nicht von Rechtsgeschäften spricht, die ohne Einwilligung vorgenommen sind, sondern ohne die „erforderliche" Einwilligung, erforderlich nämlich gemäß § 107 BGB. Die Erschwerung, die das Gesetz für die Vornahme der einseitigen Rechtsgeschäfte gegenüber den Verträgen getroffen hat, besteht lediglich darin, daß wenn das Geschäft gemäß § 107 zustimmungsbedürftig ist, ein Wirksamwerden durch eine nachfolgende Genehmigung ausgeschlossen ist; daß wenn es ja wirksam werden soll, die Zustimmung schon vor der Begründung des Geschäfts oder doch zu gleicher Zeit mit ihr erfolgt sein muß. Diese Erschwerung, einseitige

[19]) So Goldmann-Lilienthal § 36 I, 3b; Riezler in Staudingers Komm. Anm. 2 zu § 111: die Unwirksamkeit kommt der Nichtigkeit gleich; Endemann § 29 Anm. 8; Eck S. 120: unwirksam, genauer nichtig; Crome § 83 II, 1a: nichtig; Hölder Anm. 1 zu § 111: nichtig oder ein solches, das nicht zur Geltung gelangen kann; Enneccerus § 143 II, 1a: unwirksam, d. h. nichtig; Zitelmann, Allgem. Teil S. 108; Gareis Anm. 1 zu § 111: unwirksam, dogmatisch betrachtet, nichtig; Hellmann S. 127: unwirksam im Sinne von nichtig; Matthiaß § 47 III, A 3a: nichtig; Planck Anm. 2 zu § 111: unwirksam, die Vorschriften über die Nichtigkeit finden Anwendung.

[20]) So Endemann Anm. 3 zu § 107.

Rechtsgeschäfte vorzunehmen, liegt nun nicht in einem erhöhten Schutzbedürfnisse des Minderjährigen begründet, sie ist überhaupt nicht getroffen worden, um dem Interesse des Minderjährigen entgegenzukommen, sondern eine Forderung der Interessen dritter Personen. Dadurch, daß der Dritte nicht weiß, ob das Geschäft rechtsbeständig ist, und infolgedessen gehindert wird, die seiner Lage entsprechenden Maßregeln zu treffen, ist er unter Umständen erheblichen Nachteilen ausgesetzt. Während sich nun der Vertragsgegner diesen eventuellen Nachteilen freiwillig aussetzt — er kann ihnen ja entgehen, indem er sich auf den Vertragsschluß nicht einläßt —, kann sich der Erklärungsempfänger des einseitigen Rechtsgeschäfts „der Vornahme desselben nicht entziehen; er ist nicht, wie bei Verträgen, in der Lage, darüber zu befinden, ob er mit dem Minderjährigen sich einlassen will".[21]) Ihn unter der ihm unerwünschten Ungewißheit der Rechtsbeständigkeit leiden zu lassen, wäre unbillig. Die materielle Gerechtigkeit verlangt, daß der Minderjährige hier auf seine Selbständigkeit mehr verzichtet, als das Schutzbedürfnis infolge seines jugendlichen Alters es erfordert.

Wenn deshalb in der Literatur die einseitigen, ohne die erforderliche Einwilligung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen als nichtig bezeichnet sind, so kann die Nichtigkeit jedenfalls nicht in einer größeren rechtlichen Unfähigkeit, den zu dem einseitigen Rechtsgeschäfte erforderlichen rechtsgeschäftlichen Willen zu bilden, gefunden werden. Etwas anderes wäre es, wenn man zum Begriffe des Rechtsgeschäfts „die kausale Kraft des Tatbestandes" rechnen wollte, d. h. „dessen Fähigkeit, die gewollten Wirkungen auch zu erzeugen",[22]) und aus dem Grunde das Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären, weil es auch in der Zukunft nicht mehr wirksam werden kann.[23]) Wie wir oben gesehen haben, bezeichnet jedoch auch das Bürgerliche Gesetzbuch das einseitige,

[21]) Mot. S. 133.

[22]) Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 90.

[23]) Dieselbe Frage gilt auch für die Verträge, für welche die Genehmigung verweigert ist; vgl. Oettinger Anm. 75 S. 66. Nach der Ansicht von Crome § 83, 1 II, 2b; Planck Anm. 4 zu § 107; Zitelmann S. 107, 108 sind diese Verträge nichtig oder unwirksam im Sinne von nichtig. Nach Oertmann Anm. 5

ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommene Rechtsgeschäft nur mit unwirksam.

Wenn nun nicht eine größere natürliche Unfähigkeit, einseitige Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die Erschwerung für den Minderjährigen notwendig macht, sondern nur die Vermeidung der unbilligen Behandlung eines Dritten, so ist kein Grund vorhanden, die Anwendung der Bestimmung auch dann noch zu fordern, wenn die Ungewißheit der Rechtsbeständigkeit des Geschäfts keine Unbilligkeit für den Dritten enthält. Die Rücksicht auf den Minderjährigen verlangt dann sogar die Zulassung der nachträglichen Genehmigung, da der Minderjährige in seiner Selbständigkeit nicht weiter eingeschränkt werden darf, als das Schutzbedürfnis es erfordert. Greift doch auch sonst die Rechtsordnung nicht weiter ein, als zur Erreichung des höheren Zweckes erforderlich ist.

In der Literatur wird vor allem der Fall erwähnt, daß der Gegner in Kenntnis des Mangels der Einwilligung mit der Erklärung des Minderjährigen sich positiv einverstanden erklärt hat.[24]) Hier muß das Rechtsgeschäft des Minderjährigen durch nachfolgende Genehmigung noch Wirksamkeit erlangen können, aber nicht, wie zum Teil angenommen wird, weil das Geschäft nach Analogie eines Vertrages zu behandeln ist, sondern weil hier in Wirklichkeit wohl ein Vertrag vorliegen wird.[25]) „Denn für die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als einseitiges Rechtsgeschäft ist nicht die Bezeichnung maßgebend, sondern die Art und Weise der Verwirklichung im konkreten Falle. Eine Willenserklärung, deren Wirksamkeit nach Lage der Sache vom Einverständnis des Gegners abhängt, ist kein einseitiges Rechtsgeschäft, mag ihr auch vom Erklärenden eine Bezeichnung beigelegt sein, die einem einseitigen Rechtsgeschäft zukommt."[26])

zu § 107; Kohler S. 279; Riezler in Staudingers Komm. Anm. 3 zu §§ 108 u. 109; Gareis Anm. 9 zu § 107; Leonhard S. 273 Anm. 3; Hellmann S. 119 sind sie unwirksam.

[24]) Riezler in Staudingers Komm. Anm. 3 zu § 107; Cosack § 55 II, 5; Oertmann Anm. 1b zu § 111; Dernburg § 121 V; Planck § 111 Anm. 2.

[25]) s. Oertmann Anm. 1b zu § 111; Dernburg § 121 V.

[26]) Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft S. 303; ferner derselbe, Geschäftsfähigkeit S. 187.

Der rechtspolitische Grund erlaubt es aber auch, über den Wortlaut der Vorschrift tatsächlich hinauszugehen, z. B. wenn das einseitige Rechtsgeschäft ein reines Willensgeschäft ist, d. h. ein Rechtsgeschäft, das lediglich in einer in rechtsgeschäftlicher Absicht vorgenommenen Handlung besteht,[27]) „das bloß auf Grund eines inneren Erfolgswillens wirkt",[28]) wie z. B. die Dereliktion. Weil ihre Wirkungen infolge Mangels jeder Erklärung eine fremde Rechtssphäre niemals berühren, so ist auch keine dritte Person vorhanden, welche durch die bis zur Genehmigung bestehende Ungewißheit über die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes eine Unbilligkeit erfahren könnte. Es steht also nichts im Wege, die noch unwirksame Dereliktion noch nachträglich zu genehmigen.[29])

Ebensowenig kann die Vorschrift des § 111 zur Anwendung gelangen, wenn der Minderjährige ein einseitiges Rechtsgeschäft vornimmt, das nicht empfangsbedürftig ist, denn hier ist ja kein Erklärungsempfänger da, der sich der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht entziehen könnte. Trotzdem aber wird von einigen Schriftstellern auch hier die Zulässigkeit einer nachträglichen Genehmigung ausgeschlossen[30]) mit der Begründung, daß wenn auch nicht mit den Interessen eines Erklärungsempfängers zu rechnen sei, so doch die Rücksicht auf die durch die Geschäftswirkungen betroffenen Dritten die Anwendung des § 111 gebiete. Bei der Auslobung sei es z. B. die Rücksicht auf denjenigen, der den Erfolg herbeigeführt hat, bei der Stiftungserklärung die Berechtigten. Bei der Auslobung hat ja allerdings derjenige, der die Handlung vornehmen will, unter Umständen ein großes Interesse daran, zu

---

[27]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 450.

[28]) Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 53.

[29]) Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 221, gegen Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft a. a. O. S. 292 Anm. 11, der die Dereliktion des Minderjährigen der eines Geschäftsunfähigen gleichstellt und den Verlust des Eigentums des Minderjährigen durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters deshalb eintreten läßt, weil die in dieser Form auftretende Willenskundgebung des gesetzlichen Vertreters erst die wirkliche Dereliktion ist.

[30]) Planck Anm. 1 u. 3 zu § 111; Mot. S. 134; Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 221; Riezler in Staudingers Komm. § 107 Anm. 3, jedoch ohne Begründung.

wissen, ob die Auslobung wirksam ist, aber das hat auch der Vertragsgegner des Minderjährigen; beide setzen sich aber nicht unfreiwillig dieser Ungewißheit über die Rechtsbeständigkeit aus, denn auch auf die Auslobung braucht sich keiner einzulassen. Was den Stiftungsberechtigten angeht, so kann er sich ja dem Stiftungsgeschäfte des Minderjährigen nicht entziehen; mit der Vollendung des Stiftungsaktes wird er berechtigt; aber daß er der Ungewißheit der nachträglichen Genehmigung ausgesetzt wird, ist keine unbillige Behandlung des Berechtigten, denn dadurch, daß er auf die Wirksamkeit des Geschäfts nicht vertraut, erfährt er keinen unmittelbaren Nachteil, wie z. B. der Mieter, der sich um eine Kündigung des minderjährigen Vermieters nicht kümmern wollte.

Nur dann müßte eine nachträgliche Genehmigung für alle einseitigen Rechtsgeschäfte ausnahmslos ausgeschlossen sein, wenn beim Minderjährigen eine besondere Unfähigkeit, gerade einseitige Rechtsgeschäfte vorzunehmen, vom Rechte angenommen würde. Ebensowenig aber, wie die Fähigkeit, einseitige Rechtsgeschäfte vorzunehmen, wohl weniger vorhanden sein könnte, als Verträge zu schließen, ebensowenig wird auch vom positiven Rechte ein Unterschied zwischen der Geschäftsfähigkeit für einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge gemacht. Die verschiedenartige Behandlung ist nicht der Ausfluß eines entsprechend größeren oder geringeren Maßes von Geschäftsfähigkeit.[31]) Der Grund ist ein ganz anderer. Prinzipiell soll für alle dem Minderjährigen lästigen Willenserklärungen schon bei ihrer Abgabe die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorhanden sein; die vorhergehende Zustimmung ist das Erwünschte.[32]) Das geht aus dem § 107 deutlich hervor. Nun steht aber an sich einer nachträglichen Genehmigung nichts im Wege, da in unserem Rechte nicht schon im Augenblicke des Errichtungsaktes alle Wirksamkeitsvoraussetzungen gegeben zu sein brauchen, vielmehr die rechtsgeschäftlichen Tatbestände sich sukzessiv vollenden können.[33]) Bei den einseitigen Rechtsgeschäften konnte diese an sich mögliche nachträgliche Zustimmung mit Rücksicht

[31]) vgl. Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft S. 146 Note 23.

[32]) vgl. Kipp bei Windscheid Bd. 1 S. 325.

[33]) Jhering, Geist des röm. Rechts Bd. 3 S. 166 ff. und Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 30 f.

auf die Interessen Dritter nicht zugelassen werden, wohl aber bei den Verträgen; und das Prinzip zur möglichsten Wahrung der Selbständigkeit des Minderjährigen, das Wirksamwerden seiner Rechtsgeschäfte nicht weiter zu verhindern, als das Schutzbedürfnis es verlangt, forderte sie. Die Geschäftsfähigkeit wird also durch die Zulassung einer nachträglichen Genehmigung nicht beeinflußt. Die Geschäftsfähigkeit ist überhaupt nicht eine Eigenschaft, die ohne jede natürliche Grundlage künstlich geschaffen und durch rein äußere Momente, wie die Einseitigkeit eines Rechtsgeschäfts, beeinflußt werden könnte.

Die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen kann also nicht so gestaltet sein, daß sie ihm zum Teil in vollem Maße wie einem Großjährigen zusteht, für die lästigen Rechtsgeschäfte aber gänzlich mangelt, so daß diese wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig wären. Vielmehr muß auch hier immer eine gewisse Geschäftsfähigkeit bei ihm vorhanden sein.

3. Der Minderjährige ist nur verfügungsunfähig.

Der Unterschied, der zwischen dem Volljährigen und dem Minderjährigen besteht, müßte also in einem verschiedenen Grade der Fähigkeit, lästige Rechtsgeschäfte vorzunehmen, liegen. Wenigstens muß diese Ansicht von allen denjenigen vertreten sein, die annehmen, daß die lästigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen zwar nicht nichtig, aber wegen einer *Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit* unwirksam sind. Diese Auffassung würde sich zwar mit den im Gesetze normierten Folgen auch wohl vereinbaren lassen; der Grund, weshalb die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen im Gegensatze zu denen des Kindes nur unwirksam sind, wäre hiermit ja wohl erklärt. Läßt sich diese Ansicht aber auch mit dem inneren Wesen der Geschäftsfähigkeit in Übereinstimmung bringen? Lassen sich überhaupt qualitative Unterschiede in der Geschäftsfähigkeit statuieren? Ist die Geschäftsfähigkeit zur Begründung eines Rechtsgeschäfts so erforderlich, daß, wenn sie im Augenblicke der Errichtung des Rechtsgeschäfts nicht vorhanden ist, nichts entsteht, was dem Begriffe Rechtsgeschäft entspricht, ist sie mit einem Worte Begriffserfordernis, so muß die Folge eines

teilweisen Mangels in der Geschäftsfähigkeit ebenfalls Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts sein.[34]) Kommt das Rechtsgeschäft, wie angenommen wird, aber doch zustande, so kann die seinen Mangel bedingende, dem Minderjährigen fehlende Fähigkeit, nicht eine zu den Begriffserfordernissen, sondern nur zu denjenigen Momenten gehörende Eigenschaft sein, welche, um mit Zitelmann[35]) zu sprechen, „wir als der Willenserklärung, dem Vertrage an sich fremde, als selbständige und zu ihm nur hinzutretende ansehen", welche nicht „das Dasein einer Willenserklärung, eines Rechtsgeschäfts bedingen, sondern nur, daß dieses an sich vorhandene Rechtsgeschäft auch die beabsichtigte Wirkung habe: objektive Voraussetzungen der Wirksamkeit". Wenn das Gesetz diese Eigenschaft aber doch als einen Mangel in der Geschäftsfähigkeit ansieht, so hat es die Eigenschaft eben als in der Geschäftsfähigkeit an sich mitenthaltend angenommen. Und diese Möglichkeit ist auch nicht ganz ausgeschlossen, denn der Ausdruck Geschäftsfähigkeit ist im Gesetze, wie Endemann[36])[37]) richtig sagt, nur „ein geläufiges Kunstwort, das der Bequemlichkeit wegen in ausgeweitetem Sinne gebraucht wird". Ob dieser Kunstausdruck auch seinem aus den die Rechtsgeschäfte betreffenden Folgen hervorgehenden Inhalte entspricht, kann praktisch ja auch nicht von Belang sein; praktisch von Bedeutung ist nicht der § 106, sondern die Gruppe der §§ 107—113.

Was dem Minderjährigen fehlt, ist in Wirklichkeit nicht ein Teil der Geschäftsfähigkeit, sondern eine ganz andere Eigenschaft, eine Eigenschaft, die von dem begrifflichen Wesen der Geschäftsfähigkeit ganz verschieden ist.

Wie schon erwähnt, sind die Fähigkeiten, die im Gesetze als Geschäftsfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit bezeichnet sind, nicht Eigenschaften, die vom Gesetze ohne innere Grundlage künstlich geschaffen sind, sondern juristische Eigenschaften, die im Menschen als solchem begründet liegen. Hiermit soll nun aber nicht etwa

---

[34]) vgl. Monich a. a. O. S. 17.

[35]) Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 30.

[36]) Endemann Bd. 1 § 25 Ziff. 2. u. Anm. 3.

[37]) vgl. auch Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 209 Anm. 2.

gesagt sein, daß die rechtlichen Fähigkeiten den natürlichen auch genau entsprechen müßten, so daß man die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit analog den psychologischen Eigenschaften der Person erklären könnte. Die rechtlichen Fähigkeiten sind nicht notwendige Folgen natürlicher Voraussetzungen. Geschäftsfähig ist nicht eine Person von Natur aus, sondern immerhin infolge der konstitutiven Kraft des Rechtsgesetzes. Ihre Grundlage aber finden die rechtlichen Fähigkeiten in den natürlichen Fähigkeiten des Menschen, und deshalb ist für das Verständnis der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen nicht ohne Vorteil, zunächst die entsprechenden natürlichen Eigenschaften zu erkennen.[38])

Analysieren wir den zu einem Rechtsgeschäfte erforderlichen Willen, so werden wir sehen, daß bei dem Minderjährigen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, dieselben zur Vornahme von Rechtsgeschäften erforderlichen geistigen Qualitäten vorhanden sind wie bei dem Volljährigen. Geht der Minderjährige in einen Laden und verlangt einen Gegenstand für den Kaufpreis, mit dem er ausgezeichnet ist, so finden wir hierin nicht nur das unklare Begehren eines Kindes nach dem Besitze eines ihm zufällig in die Augen springenden Gegenstandes ausgedrückt, sondern neben dem klaren Streben nach dem Erwerbe des Gegenstandes hat der Minderjährige auch die bestimmte Vorstellung von dem äußeren Erfolge, welcher mit seiner Handlung, der Stellung der Kaufofferte erzielt werden soll, und ebenso.hat er die Vorstellung von der Geeignetheit seiner Handlung, die Vorstellung, daß der Eintritt des Erfolges eben die Wirkung seiner Handlung sein werde.[39]) Die Momente also, in denen sich der willenskräftige Mensch von dem Kind oder dem Blödsinnigen gerade so scharf unterscheidet, die Momente, welche Zitelmann,[39]) weil sie den unmittelbaren Handlungswillen erst anregen, unter dem Ausdruck „mittelbarer Wille" zusammenfaßt, finden wir beim Minderjährigen im selben Maße vor wie beim Volljährigen, er hat vor allem dasselbe klare

---

[38]) s. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte: über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Psychologie (S. 55 ff.): „der Jurist muß die positiven Resultate der Psychologie berücksichtigen und zu den seinigen machen" (S. 56).

[39]) s. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 131.

„geistige Spiegelbild des eintretenden Erfolges“[40]) wie der Volljährige. Und in derselben Weise regt dieser Wille vermöge des ihm innewohnenden Strebens nach Erfolg den unmittelbaren Willen,[41]) das Vornehmen der das Rechtsgeschäft äußerlich darstellenden Handlung selbst an. Ebensowenig wird man leugnen können, daß der unmittelbare Wille vom Bewußtsein begleitet ist. Nur darin könnte vielleicht ein Unterschied zwischen dem Minderjährigen und dem Volljährigen gefunden werden, daß der Minderjährige, wenn er auch wohl die Fähigkeit besitzt, den wirtschaftlichen Erfolg zu wollen, nicht in gleicher Weise den rechtlichen wollen kann, weil er den rechtlichen nicht kennt; in dieser Beziehung würde der Volljährige infolge seines höheren Maßes an Kenntnissen vielleicht bessergestellt sein. Aber bei allen Rechtsgeschäften kommt es nicht auf den Willen zum rechtlichen Erfolge an, sondern nur zu dem diesen vermittelnden wirtschaftlichen.[42]) Es genügt, daß die Richtung des Willens auf Hervorbringung eines objektiv rechtlichen, d. h. eines Erfolges gerichtet ist, der „unter der Voraussetzung seines Gewolltseins von der Rechtsordnung als solcher anerkannt und geregelt ist“.[43])

An den geistigen Qualitäten, die das Recht für die Vornahme von Rechtsgeschäften voraussetzt, mangelt es dem Minderjährigen nicht,[44]) und das gilt für die lästigen Rechtsgeschäfte ebensowohl wie für die rein lukrativen. Das hatte man auch schon im römischen Rechte anerkannt: pupillus omne negotium recte gerit heißt es in den Institutionen.[45]) Was den Minderjährigen vom Volljährigen unterscheidet, ist nur ein höheres Maß von Urteilskraft, die Vorteile und Nachteile seines Rechtsgeschäfts für sein Vermögen und seine Person hinreichend zu erkennen. Es fehlt

---

[40]) Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 54.

[41]) Manigk, daselbst S. 57.

[42]) Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 80.

[43]) s. Neumann a. a. O. S. 211.

[44]) Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 233.

[45]) § 9 J. de inut. stip. 3, 19.

ihm, wie die Motive sagen,[46]) „derjenige Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung, welcher erforderlich ist, um ungefährdet im Rechtsverkehre selbständig auftreten zu können". So fehlt ihm bei einem Kaufe die Fähigkeit, zu beurteilen, ob die Höhe des Kaufpreises zum Werte der Sache im Verhältnisse steht, ob die Ausgabe, die er für den Erwerb macht, seinen Vermögensverhältnissen entspricht, ob der Erwerb für ihn überhaupt zweckmäßig sein wird. Es fehlt ihm die Fähigkeit, über die zu seiner Rechtssphäre gehörenden Rechtsgüter ohne Schaden für sich selbst zu verfügen, so daß die Willensfähigkeit, mit der er ausgestattet ist, ihm nur dann im Rechts- und Geschäftsverkehre von Nutzen sein kann, wenn ihm die Erfahrenheit und Besonnenheit eines ausgereiften Menschen bei seinen Handlungen zur Seite steht.

Nun könnte ja zwar das Rechtsgesetz wegen seiner konstitutiven Kraft die Wirkung des Rechtsgeschäfts dadurch ausschließen, daß es der natürlichen Willensfähigkeit des Minderjährigen die Anerkennung versagt; wie wir gesehen haben, schlägt das Gesetz diesen Weg aber nicht ein, vielmehr folgt es genau der natürlichen Grundlage. Was im Rechte dem Minderjährigen fehlt, ist seiner natürlichen Unfähigkeit, die Folgen eines Rechtsgeschäfts zu beurteilen, entsprechend, die Macht, ohne die Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters durch Rechtsgeschäfte Wirkungen herbeizuführen, welche ihn in irgendeiner Weise belasten könnten, welche ihm zustehende rechtliche Befugnisse aufheben oder zu seinen Ungunsten verändern oder ihn selbst verpflichten könnten; kurz gefaßt, es fehlt ihm die Fähigkeit, „über sich und sein Vermögen zu verfügen",[47]) nicht aber ein Teil der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte zu begründen. In der Literatur des gemeinen Rechts wurde zwischen der Handlungsfähigkeit und der Verfügungsfähigkeit auch von den meisten Schriftstellern streng geschieden; „den mündigen Kindern fehlt nicht die Handlungsfähigkeit. Sie können für andere derartige (lästige) Rechtsgeschäfte abschließen. Dies nötigt, von der Handlungsfähigkeit die Verfügungsfähigkeit zu unterscheiden", sagt Regelsberger[48]) in seinen Pandekten,

[46]) Mot. S. 131.

[47]) Kohler Allgem. Teil S. 279.

[48]) Regelsberger a. a. O. S. 240, 241.

und dieselbe Ansicht wurde schon von Puchta,[49]) Brinz[50]) und Bruns[51]) vertreten.

Mit derselben Energie wendet sich auch Zitelmann[52]) gegen die Vermischung der Begriffe Verfügungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit. Für die dem Minderjährigen mangelnde Fähigkeit ist das Wort Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit „unrichtig und schleppend". Was dem Minderjährigen fehlt, ist die Macht, über seinen Rechtskreis, sein Vermögen wie eine Person unter Lebenden zu verfügen". „Wer veräußert, wer seine Sache belastet, wer sich verpflichtet, der ‚verfügt', so auch im täglichen Leben gebraucht." Daß der Ausdruck Geschäftsfähigkeit sich aus zwei ganz verschiedenen Begriffen, der Handlungs- und Verfügungsfähigkeit, zusammensetzt, sagt auch Heinzerling.[53]) Auch er verwirft den Ausdruck in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, weil er an und für sich im Gegensatze zu der Bezeichnung verfügungsunfähig nicht genau erkennen läßt, zur Vornahme welcher Rechtsgeschäfte der Minderjährige fähig oder unfähig ist. „Er ist eine bloße Umschreibung dafür, daß die Minderjährigen über 7 Jahre nicht mehr geschäftsunfähig sind wie die Personen, die im Kindesalter stehen." Und auch er vertritt mit denselben gewichtigen Gründen den Ausdruck „Verfügungsfähigkeit", denn mit diesem Ausdrucke, sagt er, „wird einerseits die natürliche jugendliche Unerfahrenheit vermutet und andererseits eine natürliche Handlungsfähigkeit des Minderjährigen vorausgesetzt, indem dieser für seine Person selbständig, wenn auch mit vorgängiger, gleichzeitiger oder nachträglicher Zustimmung des Mundwalts vollwirksam handeln kann".[54]) Dabei drückt „verfügungsfähig" allein schon an sich aus, um die Vornahme welcher Rechtsgeschäfte es sich handelt, „nämlich um die Vornahme solcher in eigenen Angelegenheiten, welche in bezug auf das Vermögen oder die Person des Handelnden belastend sind; man verfügt nicht

---

[49]) Puchta a. a. O. S. 79.
[50]) Brinz a. a. O. §§ 55 S. 213, 57 S. 219.
[51]) Bruns a. a. O. S. 459, 465.
[52]) Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 45 ff.
[53]) Heinzerling a. a. O. S. 345, 346.
[54]) Heinzerling S. 344.

in fremden Angelegenheiten, und man verfügt nicht, wenn lediglich eine Verbesserung der Rechtslage in Frage steht.[55]) Auch der Ausdruck des Gesetzes „durch welche der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt" bezeichnet schließlich nichts anderes als die Unfähigkeit, über sich und sein Vermögen zu verfügen,[56]) nicht aber einen Mangel in der Geschäftsfähigkeit. Und so sagt auch Kohler[57]): „die Verfügungsfähigkeit, nicht die Geschäftsfähigkeit fehlt dem Geschäftsbeschränkten; der Minderjährige ist fähig zu Rechtsgeschäften, aber es fehlt ihm die Macht, über sich und sein Vermögen zu verfügen". Ganz abgesehen davon, daß die Einschränkung der Selbständigkeit des Minderjährigen im Rechtsverkehr nicht weiter sich erstrecken darf, als das Schutzbedürfnis es erfordert, wird auch oben durch den lediglichen Mangel der Verfügungsfähigkeit schon erklärt, daß der Minderjährige mit Wirksamkeit Rechtsgeschäfte vornehmen kann, durch welche er zwar nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, deren Wirkungen aber seine Rechtssphäre nicht berühren, z. B. wenn er als Vertreter handelt oder als Dritter den Leistungsinhalt für einen fremden Vertrag bestimmt.[58])

Gegen den Ausdruck „verfügungsunfähig" hat man wohl eingewendet, daß er die Verpflichtungsunfähigkeit nicht mitumfasse, aber einerseits verfügt auch derjenige, der sich verpflichtet, da er ja sein Vermögen haftbar macht,[59]) und andererseits ist der Ausdruck auch so allgemein, daß er die Fähigkeit zu denjenigen Geschäften mit deckt, durch welche der Minderjährige sich nur verpflichtet. Vor allen zieht Breit[60]) in seinem Werke über die Geschäftsfähigkeit gegen die Annahme des Ausdrucks Verfügungsunfähigkeit scharf zu Felde. „Die Unwirksamkeit der Verpflichtungen eines Rechtssubjekts in ihrer Totalität ist", sagt er,

---

[55]) Heinzerling S. 345.

[56]) s. Heinzerling S. 138.

[57]) Kohler Allgem. Teil S. 279.

[58]) Ebenso Zitelmann, Rechtsgesch. S. 45 u. 46; Brinz a. a. O. S. 218; Heinzerling a. a. O. S. 346.

[59]) vgl. Zitelmann, Rechtsgesch. S. 48; und Kohler Allgem. Teil S. 279 Anm. 1 gegen Crome § 83 II Anm. 20.

[60]) Breit, Geschäftsfähigkeit S. 18—36.

„nach modernem Rechte nur die Folge eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit, während die Unwirksamkeit der Verfügungen ebensowohl in einer bloßen Beschränkung in der Verfügungsmacht ihren Grund haben kann".[61]) Er stellt der Geschäftsbeschränkung die Fälle der Beschränkung in der Verfügungsmacht im Bürgerlichen Gesetzbuche gegenüber und kommt dann zu dem Schlusse, daß „von einer Beschränkung in der Verfügungsmacht im eigentlichen Sinne nur dann die Rede sein kann, wenn ihre Voraussetzungen nicht mit den Tatbeständen der §§ 106 und 114 zusammenfallen. Breit scheidet ganz richtig die dem Minderjährigen fehlende Fähigkeit scharf von den Fällen der Beschränkung in der Verfügungsmacht. Wenn wir beim Minderjährigen von einem Fehlen der Verfügungsfähigkeit sprechen, so meinen wir hiermit auch nicht die Verfügungsmacht in dem Sinne, in dem Breit sie zur Geschäftsfähigkeit in Gegensatz stellt. Zunächst umfaßt verfügungsfähig in dem von uns gemeinten Sinne nicht nur die Unfähigkeit, zu veräußern, zu belasten oder eine sonstige Rechtsänderung herbeizuführen,[62]) sondern auch die Unfähigkeit sich zu verpflichten. Ferner scheiden auch wir, ebenso wie Breit die Geschäftsbeschränkung von der Beschränkung in der Verfügungsmacht als ihrem inneren Wesen nach verschieden voneinander trennt, die Verfügungsunfähigkeit des Minderjährigen von dem Mangel der Verfügungsmacht. Die Verfügungsunfähigkeit ist eine ihrem Wesen nach im Menschen als solchem begründet liegende, aus der natürlichen jugendlichen Unerfahrenheit und Unbesonnenheit entspringende juristische Eigenschaft,[63]) auf die der Mensch ebenso wie auf die Geschäftsfähigkeit, weil seine Natur sie mit sich bringt, nicht verzichten kann. Sie ist, um den treffenden Ausdruck von Kohler[64]) zu gebrauchen, die subjektive Verfügungsunfähigkeit im Gegensatze zur objektiven Verfügungsbeschränkung. Sie haftet nicht, wie Breit[65]) von der Beschränkung in der Verfügungsmacht richtig sagt, an dem objektiven Vermögen, sondern an der Person; ihre Folge ist die

---

[61]) Breit das. S. 22.

[62]) vgl. Fischer-Henle a. a. O. Vorbem. vor § 104.

[63]) Ebenso Bruns a. a. O. S. 495.

[64]) Kohler a. a. O. S. 279.

[65]) Breit, Geschäftsfähigkeit S. 35.

Unwirksamkeit der Verfügungen und Verpflichtungen des Rechtssubjekts in ihrer Totalität. Mit der von außen her kommenden zum Schutze der Interessen Dritter getroffenen Beschränkung in der Verfügungsmacht ist sie nur äußerlich, nicht aber wesensverwandt. Tritt eine Beschränkung in der Verfügungsmacht ein, so wird die Verfügungsfähigkeit dadurch nicht berührt. Die Verfügungsfähigkeit bleibt dadurch wie sie ist, und nur die Macht, sie nach außen hin zu betätigen, ist innerhalb der vom Gesetze für den einzelnen Fall festgelegten Grenzen unterbunden.

Für diese durch die eigenen geistigen Qualitäten bestimmte rechtliche Eigenschaft haben wir in der Sprache den Ausdruck Verfügungsfähigkeit, während wir die durch außerhalb des Rechtssubjekts liegende Momente bestimmte Möglichkeit, die Verfügungsfähigkeit auch zu betätigen, treffend Verfügungsmacht nennen.[66]) Man könnte nun vielleicht dem entgegensetzen wollen, daß auch die Verfügungsfähigkeit von außen her bestimmt wird, insofern nämlich, als sie nur infolge der konstitutiven Kraft des Rechtsgeschäftes besteht. Jedoch ist die rechtliche Verfügungsfähigkeit ebenso wie die Geschäftsfähigkeit nicht eine vom Recht rein künstlich geschaffene neue Eigenschaft, sondern wesentlich die Erhebung einer natürlichen Fähigkeit zu einer rechtlichen und zeigt deshalb im Gegensatze zu den Beschränkungen in der Verfügungsmacht auch alle die charakteristischen Merkmale einer dauernden, in der Person selbst begründet liegenden Eigenschaft, wie die Geschäftsfähigkeit.

Aus dem Ausdrucke selbst lassen sich keine Gründe, ihn nicht zu gebrauchen, geltend machen, er trifft nach unserem Sprachgebrauche genau den ihm unterstellten Begriffsinhalt. Aus einem Grunde aber könnte man Bedenken gegen ihn haben, nämlich aus der Einengung des mit dem Worte Verfügung verbundenen Begriffs durch das Bürgerliche Gesetzbuch. Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt überall, wo es von Verfügung spricht, die persönliche Verpflichtung aus. Es versteht unter Verfügung regelmäßig nur das Rechtsgeschäft, durch welches die bezweckte Güterverschiebung

---

[66]) Zitelmann, BGB. Allgem. Teil S. 107: unterscheide Verfügungsfähigkeit und Verfügungsmacht.

unmittelbar herbeigeführt wird, niemals aber ein Rechtsgeschäft, durch welches nur eine persönliche Verpflichtung zur demnächstigen Herbeiführung dieses Erfolges begründet wird",[67]) so in den §§ 719, 1395, 1984, 2211 und anderen. Der ausschließliche Gebrauch des Begriffs „verfügen" in diesem engeren Sinne könnte event. zu Mißverständnissen führen und deshalb als Grund angeführt werden, den Ausdruck nicht zu gebrauchen. Aus diesem Grunde hält auch wohl Oertmann[68]) Verfügungsunfähigkeit nicht für empfehlenswert, obschon auch er die Beschränkung des Minderjährigen nicht für eine Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit, sondern für eine Verfügungsunfähigkeit im weiteren Sinne zu halten scheint.

Fassen wir kurz das Resultat unserer Betrachtungen zusammen, so ergibt sich: Dem Minderjährigen fehlt nicht die Geschäftsfähigkeit oder ein Teil derselben; er ist in der Geschäftsfähigkeit unbeschränkt. Seine Rechtsgeschäfte sind infolgedessen niemals wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit nichtig, sie kommen vielmehr genau so zustande wie die eines Volljährigen, sowohl die Verträge wie die einseitigen Rechtsgeschäfte. Was dem Minderjährigen im Vergleich zu dem Volljährigen fehlt, ist die Kraft, die Folgen eines Rechtsgeschäfts für sich und sein Vermögen zu beurteilen. Das Gesetz läßt ihm deshalb einen entsprechenden Schutz angedeihen, indem es ihm bis zu seiner Volljährigkeit die Teilnahme an der Verfügungsfähigkeit versagt: seine lästigen Rechtsgeschäfte sind infolgedessen unwirksam. Sollen sie die erstrebten Wirkungen erzeugen, so muß seiner mangelnden geistigen Reife und Geschäftsunerfahrenheit die Umsicht und Erfahrung seines gesetzlichen Vertreters zu Hilfe kommen: seine Rechtsgeschäfte bedürfen der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Das Gesetz läßt ihm also auch einen positiven Schutz angedeihen. Daraus aber, daß es diesen positiven Schutz nicht dahin geregelt hat, daß der gesetzliche Vertreter in jedem einzelnen Falle selbst für den Minderjährigen handeln muß, zeigt sich wieder, daß nicht die Geschäftsfähigkeit es ist, an der es dem Minderjährigen mangelt, sondern nur die Verfügungsfähigkeit.

[67]) vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. I, 7a vor § 104.
[68]) Oertmann a. a. O. Anm. 5 zu § 107.

Zweiter Teil.

Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

1. Allgemeines.

Soweit die Verfügungsunfähigkeit des Minderjährigen reicht, soweit muß in dem rechtsgeschäftlichen Verkehre desselben sein gesetzlicher Vertreter einspringen, sei es, daß er selbst für ihn handelt, oder daß er die mangelnde Fähigkeit des Minderjährigen, die Folgen seiner Handlungen zu überschauen, durch sein Urteil ersetzt, welches, wenigstens nach dem Geiste der gegebenen Vorschriften, in der Einwilligung oder ihrer Verweigerung ausgedrückt liegt. Verfügungsunfähigkeit und gesetzliche Vertretung stehen also im engsten Zusammenhange miteinander, so daß die eine Materie sich ohne die andere nicht richtig verstehen läßt.[69]) Vor allem ist die Feststellung dieses engen Zusammenhangs von der größten Wichtigkeit für die Erkenntnis der juristischen Natur der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, die bisher fast ausschließlich mit der Zustimmung, die der Geschäftsherr seinem Vertreter erteilt, zusammengeworfen wurde, obwohl doch die beiden Institute auf ganz verschiedenem Boden ihren Ursprung haben. Ihr Unterschied ist zuerst energisch klargestellt worden durch v. Blume in seinem Aufsatze: Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts.[70])

Die Ursache, daß die beiden in ihrem Wesen durchaus verschiedenen Zustimmungen so lange als gleiche behandelt worden sind, ist wohl darin zu finden, daß bei beiden ein gleiches Verhältnis zugrunde liegt, nämlich die Abhängigkeit der Wirksamkeit

[69]) So richtig Breit, Geschäftsfähigkeit S. 5 u. 6.

[70]) In Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 1904.

eines Rechtsgeschäfts von der Entscheidung eines Dritten, und darin, daß infolgedessen im Gesetze beide Rechtsvorgänge zum Teil nach gemeinsamen Regeln geordnet sind. Sowohl für die Zustimmung, die der Geschäftsherr, als auch für die Zustimmung, die der Mundwalt erteilt, gelten grundsätzlich die allgemeinen für die Einwilligung und Genehmigung getroffenen Bestimmungen. So weist die Ausnahme des § 108 Abs. 2, nach dem, wenn der Gegner des Minderjährigen den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auffordert, die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen kann, auf die für alle Zustimmungen geltende Regel des § 182 Abs. 1 hin, nämlich daß die Erteilung und die Verweigerung der Zustimmung sowohl dem einen als dem andern Teile gegenüber erklärt werden kann. Ferner, daß das Rechtsgeschäft des Minderjährigen, wenn es genehmigt wird, als von Anfang an wirksam gilt, das liegt dem Anscheine nach nicht in der Natur der Genehmigung gerade des gesetzlichen Vertreters innerlich begründet, sondern ist nach dem Gesetze die Folge der allgemein einer nachträglichen Zustimmung anhaftenden Eigenschaft der rückwirkenden Kraft (§ 184 Abs. 1 BGB.). Trotz dieser im Gesetze vorhandenen engen Beziehungen besteht doch zwischen den beiden Rechtsinstituten keine innere Verwandtschaft,[71]) so daß die für das eine geltenden Rechtsnormen auch für das andere anwendbar wären. Die Zustimmung des Mundwalts findet ihren Rechtsgrund in der Verfügungsunfähigkeit des Minderjährigen, und dieser Rechtsgrund drückt ihr ein Gepräge auf, das sie von der Zustimmung des Geschäftsherrn aufs schärfste unterscheidet.

2. Die rechtliche Natur der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

Wie wir gesehen haben, ist dem Minderjährigen im Gesetze die Verfügungsfähigkeit versagt, weil ihm derjenige Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung fehlt, der erforderlich ist, um ungefährdet im Rechtsverkehre auftreten zu können. Wenn das Gesetz nur seinen Schutz dem Minderjährigen in der Form ge-

[71]) So Cohn S. 62.

währt, daß es die Wirksamkeit seiner Rechtsgeschäfte von der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters abhängig macht, dann ist offenbar damit gesagt, daß die geistige Reife und die geschäftliche Erfahrung des gesetzlichen Vertreters an die Stelle dieser dem Minderjährigen fehlenden Eigenschaften treten soll. Für den urteilsunfähigen Minderjährigen soll der gesetzliche Vertreter beurteilen, ob die Folgen des Rechtsgeschäfts dem Minderjährigen zuträglich sind oder nicht. Die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters über die Genehmigung erfolgt also prinzipiell nicht nach Willkür, sondern auf Grund einer Beurteilung. Würde die Entscheidung nach Willkür erfolgen, so würde der Zweck der Zustimmung, der Schutz des Minderjährigen verfehlt werden. Nun kommen allerdings für die Erteilung der Zustimmung auch noch andere Momente in Betracht als ausschließlich der Schutz des Minderjährigen, vor allem die dem Mundwalte zustehende elterliche Gewalt, wenn er z. B. Vater ist. So wird man dem Vater nicht die Berechtigung absprechen können, einem Rechtsgeschäfte des Mündels auch dann die Genehmigung zu versagen, wenn es ihm offenbar nur Nutzen bringen kann. Aber auch der Einfluß der elterlichen Gewalt ist nicht so stark, daß ihr Inhaber zu jedem Rechtsgeschäfte des Mündels, ohne Rücksicht darauf, ob es für dessen Rechtslage vorteilhaft ist oder nicht, nach Willkür seine Einwilligung erteilen könnte. Während die väterliche Gewalt im älteren römischen Rechte noch ein wirkliches Herrscherrecht war, hat sie sich im Laufe der Zeiten immer mehr der Vormundschaft genähert, und im heutigen Rechte ist bei der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht mehr das Interesse der Eltern, sondern allein das der Kinder maßgebend, so daß sie ihrem Inhaber um des Kindes willen sogar entzogen werden kann (§ 1670 BGB.).[72] Gleichgültig also, ob der Mundwalt Vater oder Vormund ist, die Erteilung der Zustimmung ist immer die Ausübung eines dem Mundwalte zustehenden Aufsichtsrechts.[73] Mit dem Aufsichtsrecht ist aber auch eine Aufsichtspflicht verbunden,[74] deren Aus-

[72] vgl. Bernhöft a. a. O. S. 530.

[73] So auch Heinzerling S. 28.

[74] vgl. die §§ 1627 u. 1793; der Vater und der Vormund haben das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen.

übung der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts unterliegt, und so ist die Zustimmung zugleich auch die Erfüllung einer Fürsorgepflicht.[75]) Nicht um sich selber, sondern immer um des Mündels willen erteilt der Mundwalt seine Zustimmung, im Gegensatze zu dem Geschäftsherrn. Der Geschäftsherr erteilt seine Zustimmung um seiner selbst willen, er will die Wirkungen des Geschäfts, das sein Vertreter in seinem Namen abgeschlossen hat, sich so zu eigen machen, als wenn er es selbst abgeschlossen hätte. Er beteiligt sich an dem Rechtsgeschäfte selbst, indem er die Absicht der Mitwirkenden, daß das Geschäft seine Rechtsverhältnisse verändern soll, durch seine Zustimmung verwirklicht.[76]) Weil die Wirkungen der in seinem Namen abgeschlossenen, von ihm genehmigten Rechtsgeschäfte nur seine eigenen Rechtsverhältnisse betreffen, deshalb ist er auch in dem Maße, wieweit er seinem Vertreter Vollmacht erteilen will, unbeschränkt, denn grundsätzlich kann er über sein eigenes Vermögen verfügen wie er will. So steht ihm kein Hindernis entgegen, auch eine Vollmacht zu erteilen, kraft deren dem Dritten die Macht zusteht, über sein Vermögen ganz nach freiem Belieben Bestimmungen zu treffen. Daß für den Mundwalt die Erteilung einer solchen allgemeinen Einwilligung gänzlich ausgeschlossen ist, das ergibt sich schon daraus, daß der Mundwalt nicht kraft Rechtsbeteiligung, sondern kraft Aufsichtsrechts seine Zustimmung erteilt. Die Erteilung einer ganz allgemeinen Einwilligung: „Mache, was du willst, ich willige in alles", wäre nicht die Ausübung eines Aufsichtsrechts, sondern eine unstatthafte Abwälzung der Verantwortung von sich selbst auf den Mündel. Die Unzulässigkeit dieser „ganz allgemeinen" Einwilligung wird in der Literatur denn auch fast allgemein anerkannt, allerdings ohne hinreichende Begründung.

Aber nicht nur die Zulässigkeit einer ganz allgemeinen Einwilligung ist gänzlich ausgeschlossen, sondern die Erteilung einer generellen Einwilligung überhaupt würde einer besonderen gesetzlichen Bestimmung bedürfen; die Fälle, in denen sie gestattet ist, würden einzeln normiert sein müssen; das liegt in der juristischen Natur der Zustimmung des Mundwalts innerlich begründet.

---

[75]) v. Blume a. a. O. S. 436.
[76]) v. Blume a. a. O. S. 424.

Wenn der Geschäftsherr seine Zustimmung erteilt, so tut er das sich selbst gegenüber; die Zustimmung ist, wie der Abschluß irgendeines Vertrages, eine Betätigung der ihm zustehenden Privatautonomie. Die Zustimmung des Mundwalts aber ist nicht eine Privatwillenserklärung, sondern die Ausübung einer Amtsgewalt.[77]) Das gilt sowohl für die Zustimmung des Vormundes als auch für die des Vaters. „Die Befugnisse, die den Eltern zustehen, sagt Bernhöft[78]) ganz richtig, sind im Grunde gar nicht mehr eigene Rechte, sondern gleichen den Befugnissen, die ein Beamter auf Grund staatlicher Ermächtigung übt", so daß die rechtliche Grundlage, auf der die Erteilung der Zustimmung beruht, mehr öffentlichrechtlicher als privatrechtlicher Natur ist.[79]) Daß die Zustimmung mehr eine obrigkeitliche Anordnung[80]) ist, darauf deutet auch schon ihre Wirkung hin. Wenn der Minderjährige, weil ihm die geistige Reife und geschäftliche Erfahrung fehlt, allgemein verfügungsunfähig ist, aber mit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters das Geschäft mit Wirksamkeit doch selbst vornehmen kann, so kann die Zustimmung ihrer Wirkung nach nichts anderes sein als eine Erklärung, daß der Minderjährige für das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft verfügungsfähig ist; würde er nicht verfügungsfähig sein, so würde sein Geschäft keine Wirksamkeit erlangen. Weil es nun unmöglich ist, gesetzlich die Rechtsgeschäfte zu bestimmen, welche, wenn sie auch nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil gewähren, doch dem Minderjährigen wirtschaftlich von Nutzen sein können, so hat das Gesetz es dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen übertragen, das Rechtsgeschäft hieraufhin zu prüfen und demgemäß die Verfügungsfähigkeit zu verleihen. So wie also der Volljährige unmittelbar durch das Gesetz verfügungsfähig ist, erhält der Minderjährige die Verfügungsfähigkeit durch die Vermittlung des gesetzlichen Vertreters, welche die Verfügungsfähigkeit auch zur Wirkung hat,

---

[77]) v. Blume S. 434.

[78]) Bernhöft S. 530.

[79]) Oertmann behauptet hiergegen, von der Ermächtigung im Falle des § 112, daß sie, wenn sie auch ein Konstitutivakt sei, doch nur auf einem privatrechtlichen Gestaltungsrechte beruhe.

[80]) vgl. v. Blume S. 434.

weil sie erteilt wird auf Grund des dem gesetzlichen Vertreter zustehenden Aufsichtsrechts. Die Zustimmung muß also ein gestaltender Rechtsakt, ein Konstitutivakt sein.[81]) In dieser Hinsicht könnte man sich zwar irre machen lassen durch die Bestimmung, daß die Erklärung der Genehmigung, gerade wie bei der Zustimmung, kraft Rechtsbeteiligung auch dem anderen Teile gegenüber erfolgen kann (vgl. §§ 108, 182 BGB.), als wenn der Mundwalt an dem Geschäfte selbst beteiligt wäre. Der Grund dieser Bestimmung ist jedoch ein ganz anderer. Weil der gesetzliche Vertreter einen dem Minderjährigen gestellten Antrag auch selbst annehmen kann, statt die Annahmeerklärung des Minderjährigen zu genehmigen, so wird sich häufig nur schwer unterscheiden lassen, ob der Mundwalt als Vertreter den Antrag annimmt oder dem Vertrage des Mündels zustimmt.[82]) Für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, das ebenfalls kraft Aufsichtsrechts seine Genehmigung erteilt — denn seine Aufgabe ist Aufsichtsführung —, finden wir die Abweichung von der Vorschrift des § 182 auch ausdrücklich normiert. „Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormunde gegenüber erklären" (§ 1829 Satz 2 BGB.). Für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kommt nämlich der Grund, der für die Zulässigkeit der Erklärung des Mundwaltes dem Dritten gegenüber maßgebend war, nicht in Betracht, denn das Vormundschaftsgericht kann nicht das Geschäft auch selbst für den Minderjährigen führen.

Wenn nun die Erteilung der Zustimmung ihrem Wesen nach eine obrigkeitliche Anordnung und ihrer Wirkung nach ein Konstitutivakt ist, so ist die Erteilung einer generellen Zustimmung nur dann möglich, wenn sie im Gesetze besonders gestattet ist; denn eine obrigkeitliche Anordnung zu treffen und einen rechtsgestaltenden Akt vorzunehmen, das steht nicht in dem Belieben desjenigen, der vom Gesetze damit betraut ist, sondern ist mit Wirksamkeit nur möglich nach Maßgabe der besonders getroffenen gesetzlichen Bestimmungen.

---

[81]) vgl. v. Blume a. a. O. S. 434.
[82]) v. Blume S. 436.

3. Die Fälle der generellen Zustimmung.

a) Die §§ 112 u. 113.

Daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ihrem Inhalte nach ein Konstitutivakt, die Verleihung einer rechtlichen Fähigkeit ist, das spricht das Gesetz in den §§ 112 u. 113 auch ganz klar aus. Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes (§ 112) oder in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113), so ist der Minderjährige für den entsprechenden Kreis von Rechtsgeschäften unbeschränkt geschäftsfähig oder, wie es nach unserer Ansicht heißen müßte, verfügungsfähig.

Nach der Auffassung der Motive[83]) würde man diese Vorschriften allerdings nicht zum Beweise, daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters überhaupt ein Konstitutivakt ist, heranziehen können. In den Motiven ist die Ermächtigung nämlich nicht eine Zustimmung, sondern ihrer Natur nach etwas anderes. Sie sei mehr als eine Zustimmung, insoweit nämlich mehr, als sie im Gegensatze zu der Einwilligung im § 107 die Einräumung der rechtlichen Stellung eines Volljährigen, einer kraft Gesetzes erweiterten Geschäftsfähigkeit sei. Die Annahme, daß die Ermächtigung eine Einwilligung, ein Generalkonsens sei, würde nämlich, so wird behauptet, einerseits mit sich bringen, daß der gesetzliche Vertreter jederzeit in der Lage wäre, die wirksame Vornahme einzelner, ihrer Natur nach in den Kreis des gestatteten Betriebes fallender Geschäfte durch seinen Widerspruch auszuschließen, andererseits, daß der Minderjährige in Ansehung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte, die nur kraft des erteilten Konsenses als wirksam abgeschlossen zu betrachten sein würden, nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung nicht prozeßfähig wäre. Merkwürdigerweise schließen sich der Auffassung, daß in diesen Fällen etwas anderes vorliege als eine Zustimmung, auch fast sämtliche Schriftsteller an, und zwar mit derselben Begründung.[84]) Weshalb eine

[83]) Mot. S. 143.

[84]) So Enneccerus § 142, 5; Planck Anm. 1 zu § 112; Dernburg § 122 IV; Pfäfflin S. 1ff. Ferner Riezler Anm. 5 zu § 112; Zitelmann S. 109; Rehbein Anm. C I, 5a zu §§ 104—115, die sich über die Folge

allgemeine Einwilligung bezüglich des Widerrufes der einzelnen Rechtsgeschäfte und der Prozeßfähigkeit nicht dieselben Wirkungen haben soll wie eine Ermächtigung, das ist nicht einzusehen und wird auch weder von den Motiven noch von den dieselbe Ansicht vertretenden Schriftstellern hinreichend begründet. Inwieweit die Ermächtigung der §§ 112 u. 113 widerrufen werden kann, das kann man nicht aus dem Begriffe Ermächtigung erkennen, sondern das ergibt sich aus der positiven Ordnung des Gesetzes, und hiernach ist die Ermächtigung in dem Falle des § 112 widerruflich mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und im Falle des § 113 ohne Einschränkung.[35])

Allerdings hat nicht ebenso wie in den Fällen der §§ 112 u. 113 auch im Falle des § 107 die Erlangung der Verfügungsfähigkeit, oder um den Ausdruck des Gesetzes zu gebrauchen, der Geschäftsfähigkeit, auch die Prozeßfähigkeit zur Folge. Der Grund liegt nun aber nicht etwa in einem begrifflichen Unterschiede zwischen Einwilligung und Ermächtigung. Voraussetzung der Prozeßfähigkeit ist nämlich überhaupt nicht die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, sondern die Prozeßfähigkeit ist jedem insoweit gegeben, als er sich durch Verträge verpflichten kann" — so sagt die Zivilprozeßordnung (§ 52). Wie wir gesehen haben, kann sich nun der Minderjährige, der mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters handelt, durch den Vertrag verpflichten, zu dem er die Einwilligung erhalten hat, denn er hat für diesen Vertrag die Verfügungsfähigkeit; hätte er sie nicht, so würde der Vertrag nicht Wirksamkeit erlangen. Nach der grammatischen Interpretation der Vorschrift muß also der Minderjährige wegen der auf diesen Vertrag bezüglichen Verbindlichkeiten einen Prozeß selbst führen können. Dem Sinne des § 52 aber würde diese wörtliche Auslegung nicht entsprechen. Mit den Worten: „insoweit er sich durch Verträge verpflichten kann" ist offenbar nicht die Fähigkeit des

---

der Prozeßfähigkeit allerdings nicht äußern. Nach Cosack § 55 II, 7b und Crome § 83 II, 4 ist ebenfalls die Ermächtigung kein Generalkonsens; einen Eingriff des gesetzlichen Vertreters halten sie aber doch für möglich. Einen Generalkonsens nehmen anscheinend nur an Hölder Anm. 1 zu § 112; Leonhard S. 341 Anm. 1; v. Blume a. a. O.

[35]) vgl. v. Blume S. 441.

Minderjährigen gemeint, einen Erfolg herbeizuführen, der in der Weise dem Minderjährigen vorgezeichnet ist, daß das zu erzeugende Rechtsverhältnis im voraus festgelegt wird, also die Fähigkeit, nach Anweisung zu handeln,[86]) wie bei der speziellen Einwilligung der Fall ist, sondern wohl nur eine gewisse privatrechtliche Selbständigkeit, wie sie in den Fällen der §§ 112 u. 113 bei dem Minderjährigen angenommen wird.

Auch der Umstand, daß in den §§ 112 und 113 statt des Wortes Einwilligung der Ausdruck Ermächtigung gebraucht ist, läßt nicht auf einen begrifflichen Unterschied schließen. Das Gesetz braucht nämlich das Wort Ermächtigung auch, um lediglich die Erteilung einer generellen Zustimmung zu bezeichnen. So im § 1825, nach dem das Vormundschaftsgericht dem Vormunde zu einigen Rechtsgeschäften eine „allgemeine Ermächtigung" erteilen kann, während es grundsätzlich seine Genehmigung nur speziell zu erteilen hat.[87])

Wenn nun kein begrifflicher Unterschied zwischen der Ermächtigung und der Einwilligung besteht, vielmehr unter Ermächtigung nur eine allgemeine Erteilung der Zustimmung verstanden wird, so kann der Zweck der §§ 112 und 113 wohl nur der sein, die allgemeine Zustimmung besonders zu regeln. Und das war auch noch aus einem zweiten Grunde erforderlich. Weil das Gesetz den Minderjährigen nicht für reif genug hält, um die Verantwortung für die sein Vermögen und seine Person betreffenden Handlungen allein zu tragen, so hat es die Verantwortung dem Minderjährigen abgenommen und auf eine volljährige Person, den gesetzlichen Vertreter, übertragen. Der gesetzliche Vertreter übernimmt die Verantwortung dadurch, daß er das Rechtsgeschäft entweder für den Mündel selbst abschließt, oder daß er prüft, ob es dem Minderjährigen zuträglich ist, und dann die Vornahme des im einzelnen vorgezeichneten Geschäfts dem Minderjährigen selbst überläßt. Erteilt der gesetzliche Vertreter aber seine Einwilligung nicht zu einem einzelnen, sondern zu einer ganzen Art von Rechtsgeschäften, z. B. zu Rechtsgeschäften, welche der Betrieb

---

[86]) vgl. v. Blume S. 442.

[87]) vgl. Opet und v. Blume a. a. O. Anm. 1 zu § 1825.

eines Erwerbsgeschäfts mit sich bringt, so kann er sie nur erteilen auf eine Prüfung hin, ob der Minderjährige im allgemeinen die geistige Reife und Erfahrung besitzt, selbständig innerhalb dieser Grenzen über sich und sein Vermögen zu verfügen, so daß er die Verantwortung für das einzelne zu dieser Art gehörende Rechtsgefühl auf den Minderjährigen abwälzt; er wälzt die Verantwortung wieder ab, die ihm das Gesetz aufgelegt hat; das kann er mit Wirkung aber nur, wenn das Gesetz es ihm besonders gestattet, und das ist eben in den §§ 112 u. 113 geschehen. Die Zustimmung, die der gesetzliche Vertreter erteilt, kann also grundsätzlich nur zu einem einzelnen Rechtsgeschäfte erteilt werden, das liegt in der Natur der Zustimmung als einer Zustimmung kraft Aufsichtsrechts begründet.[88])

Einen Beweis dafür finden wir im Gesetze bei der anderen Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für die Rechtsgeschäfte, zu denen sie erforderlich ist, ihrer Natur nach auch allgemein erteilt werden könnte, so wäre der § 1825, welcher bestimmt, inwieweit das Vormundschaftsgericht dem Vormunde eine allgemeine Ermächtigung erteilen kann, überflüssig.

b) Der Fall des § 110.

Aber auch die Normen über die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen selbst enthalten noch eine Vorschrift, aus der hervorgeht, daß die Zulässigkeit der Erteilung einer allgemeinen Einwilligung für den gesetzlichen Vertreter einer besonderen gesetzlichen Bestimmung bedarf, nämlich die Vorschrift des § 110. Denn der § 110 enthält wohl nichts anderes als die Regelung eines Falles der generellen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, die überflüssig wäre, wenn sie schon an sich allgemein erteilt werden

---

[88]) Anders Kohler S. 281: Sie müssen sich jedoch innerhalb der üblichen durch den gewöhnlichen Lebensverkehr bestimmten Grenzen halten. Kipp zu Windscheid S. 327 mit der Begründung, daß das selbstverständlich ist, weil das Gesetz die allgemeine Zustimmung nicht ausschließt. Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 67 mit derselben Begründung; Dernburg S. 359.

könnte. Die Ansichten über den Zweck dieser Bestimmungen gehen in der Literatur allerdings weit auseinander. Planck[89]) sieht in der Überlassung von Mitteln an den Minderjährigen eine Einwilligung nur in diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche der Minderjährige unmittelbar über die Mittel verfügt. Die Wirksamkeit der diesen zugrunde liegenden Kausalverträge sei weiter abhängig von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 108. Während also die dinglichen Verträge wirksam seien, wären die obligatorischen unwirksam, so daß wegen mangelnden Rechtsgrundes der Minderjährige das von ihm hingegebene Geld und sein Gegner die verkaufte Sache nach Maßgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung wieder herausverlangen könnte. Diesem mit der Auffassung des Lebens im Widerspruche stehenden Ergebnisse trete der § 110 dadurch entgegen, daß der obligatorische Vertrag als von Anfang an wirksam gelten solle, wenn der Minderjährige die ihm nach dem Vertrage obliegende Leistung mit den ihm zu diesem Zwecke oder zur freien Verfügung überlassenen Mitteln bewirke. Hiermit ist ja die Notwendigkeit des § 110 erklärt, wenn nicht die Voraussetzung, daß in der Überlassung der Mittel nur eine Einwilligung in die Erfüllungsgeschäfte liege, unrichtig wäre. Riezler,[90]) Rehbein,[91]) Enneccerus[92]) und Goldmann und Lilienthal[93]) nehmen an, daß in der Überlassung der Mittel zur Erfüllung zugleich eine Zustimmung zum Abschlusse des obligatorischen Vertrags zu erblicken sei.[94]) Wenn das der Fall ist, wozu dann aber noch diese besondere Vorschrift? Hat der gesetzliche Vertreter mit der Überlassung der Mittel in den obligatorischen Vertrag des Minderjährigen eingewilligt, so ist er schon wirksam nach § 107.

---

[89]) Planck Anm. 1 zu § 110; ebenso Oertmann Anm. 1 zu § 110; Crome § 83 II, 3.

[90]) a. a. O. Anm. 1 zu § 110.

[91]) Anm. Bd. 1, 4 zu §§ 104—115.

[92]) § 143 II, 3.

[93]) § 36 I, 3a.

[94]) Eine Einwilligung zu den obligatorischen Verträgen nehmen auch Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 69 ff. u. Matthiaß § 47 III A, 4 an, jedoch nur eine bedingte, bedingt nämlich dadurch, daß die Erfüllung des Vertrages mit den überwiesenen Vermögensgegenständen erfolgt.

Riezler[95]) erklärt die Vorschrift des § 110 aber doch noch für begründet; sie sei nämlich, sagt er, lediglich die Konsequenz des Grundsatzes, daß die Zustimmung auch stillschweigend erfolgen könne.[96]) Da nun die Untersuchung, ob wirklich nach Lage des Einzelfalles eine stillschweigende Willenserklärung anzunehmen sei, oft nicht leicht sei, und der im § 110 behandelte Fall praktisch ungemein häufig vorkomme, so sei die Vorschrift, die die Untersuchung entbehrlich mache, wünschenswert, sie bezwecke oft weniger eine Neuerung als vielmehr eine Verdeutlichung. Daß lediglich die Verdeutlichung ein hinreichender Grund zur besonderen gesetzlichen Regelung dieses Falles wäre, will jedoch wohl nicht recht einleuchten.[97])

Wenn Crome meint, daß mit der Überlassung der Mittel regelmäßig noch keine genügende Beziehung der in der Überlassung liegenden Zustimmung zu dem tatsächlich geschlossenen Einzelgeschäfte besteht, so daß man sagen könnte, der Verteter habe gerade zu diesem eingewilligt, so hat er jedenfalls ganz recht. Aber auch mit der Verwendung der Mittel zur vertragsmäßigen Leistung wird noch nicht eine direkte Beziehung zwischen der Zustimmung und dem Einzelgeschäfte hergestellt. Wenn ein Student den vom Vater empfangenen Wechsel restlos in Sekt oder anderen schönen Dingen aufgehen läßt, um das treffende Beispiel von Oertmann zu gebrauchen, so wird doch keiner behaupten wollen, daß diese Verträge den Wünschen des Vaters entsprechen, und doch werden auch diese Verträge wirksam auf Grund der Einwilligung.

Worin besteht nun die Verbindung zwischen der Bestimmung, die der Vater dem Wechsel mitgegeben hat, und dem obligatorischen Vertrage des Sohnes? Die Lösung ist die: Der gesetzliche Vertreter erteilt nicht die Einwilligung zu dem bestimmten Einzelgeschäfte, das der Mündel mit den ihm überlassenen Mitteln erfüllt, und zwar auch nicht in dem Falle, wenn er die Mittel zu diesem Zwecke überlassen hat. Das Überlassen zu einem bestimmten Zwecke ist hier nicht ein Überlassen zur Erfüllung eines Vertrages,

---

[95]) Riezler a. a. O. gegen Planck Anm. 1 zu § 110 und Crome § 83 II, 3 u. Anm. 40 dort; ferner derselbe in Juristenztg. 1903 S. 565.

[96]) vgl. hierzu Planck Anm. 1 zu § 110.

[97]) Crome § 83 II, 3.

dessen konkrete Gestaltung sich der gesetzliche Vertreter in seinen Einzelheiten schon vorstellen kann. Diese Verträge würden nicht erst mit der Erfüllung, sondern gemäß § 107 schon von vornherein mit dem Abschlusse wirksam sein, gleichgültig, ob daneben noch eine ausdrückliche Einwilligung erfolgen würde oder nicht. Vielmehr ist in dem Überlassen eine Einwilligung zu einer ganzen Gattung von Rechtsgeschäften zu finden. Ob der gesetzliche Vertreter nun auch schon die Person des Gegenkontrahenten des Minderjährigen kennt, darauf wird es ja freilich regelmäßig nicht ankommen.[98]) Wenn der gesetzliche Vertreter dem Mündel Geld übergibt, eine bestimmte Sache damit für sich zu kaufen dort, wo er sie bekommen kann, so wird der Vertrag, den der Minderjährige mit irgendeinem Händler abschließt, auch dann wirksam sein, wenn der Minderjährige den Kaufpreis nicht zahlt, sondern das Geld anderweitig vertut (§ 107). Denn kommt es bei dem Erwerbe der Sache nicht darauf an, von wem sie erworben wird, so ist schon mit der Feststellung der Kaufsache und des Kaufpreises das zu erzeugende Rechtsverhältnis im voraus so festgelegt, daß eine für den Vertrag wesentliche Selbstbestimmung des Minderjährigen nicht mehr möglich ist. Die Einwilligung ist hier also eine Einwilligung zu einem bestimmten Einzelgeschäft. Ganz anders aber, wenn dem Mündel eine bestimmte Geldsumme gegeben wird, die er nach eigenem Ermessen ganz oder zum Teil für den Erwerb einer Sache aufwenden soll. In diesem Falle sind die Mittel auch zu einem bestimmten Zwecke überlassen, aber keineswegs ist darin die Einwilligung gerade zu dem Rechtsgeschäfte zu finden, das der Minderjährige vornimmt.[99]) Vielmehr liegt hier eine Ermächtigung zu einer ganzen Gattung von Rechtsgeschäften vor, nämlich zu jedem Kaufvertrage, der den Erwerb der Sache bezweckt und den der Mündel mit dem ihm gegebenen Gelde erfüllt. Noch klarer tritt die generelle Einwilligung hervor, wenn dem Minderjährigen der Zweck nur in einer allgemeinen Form angegeben wird, z. B. die Kosten einer Wanderfahrt davon zu bestreiten.

---

[98]) So auch Riezler in DJZ. S. 465; anders Crome § 83 II, 3 Anm. 40; s. Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 69 ff.

[99]) Anders Kipp zu Windscheid S. 327.

Hier wird der Minderjährige zu einer ganzen Reihe von Verträgen ermächtigt, und zwar zu Verträgen, die ihrer rechtlichen Art nach noch nicht einmal bestimmt sind, so daß der gesetzliche Vertreter sich kaum eine Vorstellung von der konkreten Gestaltung der abzuschließenden Geschäfte machen kann. Sind aber dem Mündel die Mittel ganz zur freien Verfügung überlassen, so ist damit ein völliger Verzicht des gesetzlichen Vertreters, auf die Gestaltung der Einzelverträge seines Mündels einzuwirken, ausgesprochen, und hier wird man am allerwenigsten sagen können, der gesetzliche Vertreter habe — sei es auch stillschweigend — gerade zu dem von dem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrage eingewilligt. Vielmehr liegt in dem Überlassen der Mittel eine generelle Ermächtigung, eine Ermächtigung zu allen Verträgen, die der Minderjährige mit den Mitteln erfüllt. Eine Beziehung zwischen dieser Ermächtigung und dem tatsächlich geschlossenen Einzelgeschäfte besteht aber nur indirekt, insofern nämlich, als das Einzelgeschäft, wenn der Minderjährige es mit den überlassenen Mitteln erfüllt, zu derjenigen Gattung von Geschäften gehört, zu deren Vornahme er ermächtigt ist. Auch in dem § 110 prüft also der gesetzliche Vertreter nicht das Einzelgeschäft — diese Prüfung liegt außerhalb seines Machtbereiches —, sondern er prüft, ob der Mündel die erforderliche geistige Reife und Erfahrung besitzt, ohne Schaden für seine Person oder sein Vermögen innerhalb der ihm bestimmten Grenzen selbständig zu handeln. Die Art der Einwilligung ist also dieselbe wie in den Fällen der §§ 112 und 113.[100]) Ebenso wie dort wälzt auch hier der gesetzliche Vertreter die ihm vom Gesetze auferlegte Verantwortung für das Einzelgeschäft auf den Minderjährigen ab, wozu er mit Wirksamkeit aber nur imstande ist, wenn das Gesetz es ihm erlaubt. Und das ist im § 110 geschehen. Wie der § 112 dem gesetzlichen Vertreter diese Übertragung der Verantwortung aber nur für Geschäfte gestattet, die der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts mit sich bringt, und der § 113 nur für Geschäfte, welche ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis usw. betreffen, so ist im § 110 die Befugnis, eine allgemeine Einwilligung zu erteilen, dadurch begrenzt, daß der Minderjährige seine Verträge mit den ihm über-

---

[100]) Ebenso Kohler § 105 III, 1. Der Minderjährige wird verfügungsfähig.

lassenen Mitteln erfüllt, d. h., wie v. Blume richtig sagt, auf Bargeschäfte.[101]) Nicht aber erstreckt sich die Einwilligung auch schon auf diejenigen Verträge, die der Minderjährige nur auf die Überlassung des überwiesenen Vermögens hin abschließt;[102]) der Vater, der dem Studenten Mittel zum Lebensunterhalt usw. gibt, willigt darein, daß der Mündel die erforderlichen Verträge schließt, sich eine Wohnung mietet, Kleidungsstücke kauft und bezahlt, nicht aber gibt er dem Dritten die Ermächtigung, zu borgen.[103]) Wer borgen will, hat die Genehmigung zu fordern,[104]) und zwar auch dann, wenn der Minderjährige mittellos gelassen wird.[105]) Wer dem Minderjährigen borgt, tut es auf eigene Gefahr, oder allenfalls auf die des Mundwalts.[106])

Das gilt auch dann, wenn der Minderjährige die Leistung teilweise bewirkt. Von einigen Schriftstellern wird hier angenommen, daß mit der teilweisen Leistung eine teilweise Wirksamkeit eintrete,[107]) oder doch wenigstens in dem Falle, wenn der Minderjährige durch den Vertrag einseitig eine teilbare Verpflichtung übernommen habe.[108]) Diese Absicht ist jedoch wohl nicht richtig; bleibt der Minderjährige zum Teil schuldig, so bleibt der ganze Vertrag unwirksam,[109]) denn er gehört dann nicht zu derjenigen Gattung von Geschäften, in welche der gesetzliche Vertreter mit dem Überlassen der Mittel eingewilligt hat. Zu dieser Gattung gehören nur diejenigen Verträge, die der Minderjährige mit dem ihm übergebenen Vermögen erfüllt.

---

[101]) v. Blume a. a. O. S. 452.

[102]) Ebenso Motive S. 148; Oertmann Anm. 1c zu § 110.

[103]) Anders Riezler a. a. O. Anm. 2 zu § 110, nach dessen Ansicht die in der Überlassung liegende stillschweigende Zustimmung sich regelmäßig nur nicht auf offenbare Luxusausgaben erstrecke.

[104]) Rehbein a. a. O. Anm. I, 4 zu §§ 104—115.

[105]) Für diesen Fall macht Rehbein eine Ausnahme a. a. O.

[106]) vgl. v. Blume a. a. O. S. 452.

[107]) So Oertmann a. a. O. Anm. 2b zu § 110.

[108]) So Planck Anm. 1 Abs. 2 zu § 110 und Hölder Anm. 1 Abs. 2 zu § 110.

[109]) Ebenso Rehbein Anm. C4 zu §§ 104—115; Goldmann-Lilienthal Anm. 9 zu § 36; Riezler a. a. O. Anm. 3 zu § 110; Dernburg § 122V; Boethke a. a. O. S. 450.

Was schließlich die Frage betrifft, ob die in dem Überlassen liegende Einwilligung, während sie ja ihrem Wesen nach sich in nichts von der Ermächtigung der §§ 112 und 113 unterscheidet, auch die Prozeßfähigkeit für den Minderjährigen zur Folge hat, so müssen wir sie nach den Leitsätzen, nach denen wir oben die Prozeßfähigkeit als die Folge der Ermächtigung in §§ 112 und 113 beurteilt haben, verneinen. Denn auch in dem Falle nicht, daß die Mittel zur freien Verfügung überlassen sind, wird dem Minderjährigen eine die Prozeßfähigkeit begründende privatrechtliche Selbständigkeit eingeräumt. Denn er ist hiermit nicht allgemein fähig, auf die ihm gegebenen Mittel hin sich durch Vertrag zu verpflichten, sondern nur Barverträge zu schließen.[110])

[110]) Ähnlich Heinzerling S. 277.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Schluß.

Überblicken wir den letzten Teil der Arbeit, so ergibt sich folgendes Resultat:

Aus dem engen Zusammenhange zwischen dem Institute der gesetzlichen Vertretung und der Verfügungsunfähigkeit des Minderjährigen geht hervor, daß die Zustimmung des Mundwalts ihrem Wesen nach eine obrigkeitliche Anordnung, ihrer Wirkung nach ein Konstitutivakt sein muß, und daß darin die Übernahme der Verantwortung für das Geschäft des Mündels ausgedrückt liegt. Hieraus haben wir den Schluß gezogen, daß die Zustimmung prinzipiell nur zu einem Einzelgeschäft erklärt werden, daß der Mundwalt eine generelle Zustimmung mit Wirkung nur erteilen kann auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen. Drei Fälle der generellen Zustimmung hat das Gesetz normiert, nämlich in den §§ 110, 112 und 113. Würde die Zustimmung schon ihrer Natur nach allgemein erteilt werden können, so würden diese Vorschriften überflüssig sein, denn auch die §§ 112 und 113 enthalten nicht, wie von den meisten angenommen wird, die besondere Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit, sondern sie gehören ebenso wie der § 110 nicht so sehr zu dem Institute der Geschäftsfähigkeit, als vielmehr zu der gesetzlichen Vertretung. Mit Hinblick hierauf ist auch die Teilung der §§ 107—113 in die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für erforderlich erachtet worden.